Die Gewinnverschiebung, insbesondere bei Partnerwerken der Elektrizitätswirtschaft, und die Frage einer Sonderbesteuerung

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

TONI RUSSI
von Andermatt (UR)

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Ferdinand Zuppinger

1979
SCHULTHESS POLYGRAPHISCHER VERLAG AG
ZÜRICH

Die Gewinnverschiebung, insbesondere bei Partnerwerken der Elektrizitätswirtschaft, und die Frage einer Sonderbesteuerung

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

TONI RUSSI
von Andermatt (UR)

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Ferdinand Zuppinger

1979
SCHULTHESS POLYGRAPHISCHER VERLAG AG
ZÜRICH

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 9. Mai 1979

Der Dekan:

Prof. Dr. J. Rehberg

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Druck: Juris Druck + Verlag AG, Zürich
© Copyright 1979 by Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich
ISBN 3 7255 1993 5

Meiner Frau und meinen Eltern in Dankbarkeit
gewidmet

Meinen verbindlichen Dank den Herren Professoren Dr. F. Zuppinger und Dr. H. Herold für ihre Bemühungen, Anregungen und die mir eingeräumte Freiheit bei der Gestaltung der vorliegenden Arbeit.

INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungsverzeichnis VI

Einleitung 1

ERSTER TEIL: DIE GEWINNVERSCHIEBUNG IM ALLGEMEINEN 3

I. Die Bedeutung des Gewinns im Steuerrecht 3

1. Die Ermittlung des steuerbaren Gewinns 5

2. Die Doppelbesteuerung des Gewinnes 7

3. Die Thesaurierung von Gewinnen 9

a) Steueraufschub 12
b) Besteuerung der Ausschüttung thesaurierter Gewinne 13

II. Die Gewinnverschiebung

1. Anwendungsfall der verdeckten Gewinnausschüttung 14

a) Das Wesen der verdeckten Gewinnausschüttung 16
b) Erscheinungsformen der verdeckten Gewinnausschüttung 20

2. Anwendungsfall der Gewinnvorwegnahme 23

3. Besondere Vorteilszuwendung 24

4. Abgrenzung zur Steuerumgehung 25

5. Die Gewinnverschieung bei juristischen Personen 29

5.1 Bei Kapitalgesellschaften 31

a) bei der Aktiengesellschaft (AG) 31
b) bei der Kommanditaktiengesellschaft 31
c) bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) 32

5.2 Bei Genossenschaften 33

5.3 Bei verbundenen Unternehmen 33

a) im Allgemeinen 33
b) im interkantonalen und internationalen Verhältnis 34
c) im Konzernverhältnis 34

6. Motive der Gewinnverschiebung 36

a) steuerliche Erwägungen 36
b) konkurrenzpolitische Erwägungen 37
c) preispolitische Erwägungen 38
d) Dividendenpolitik 38

7. Die Voraussetzungen einer Gewinnverschiebung 39

7.1 Die Vermutung einer Gewinnverschiebung 42

7.2 Die Ermittlung der Gewinnverschiebung 44

8. Die steuerliche Behandlung der Gewinnverschiebungen 46

a) bei der Gesellschaft 46
b) beim Aktionär 46

ZWEITER TEIL: DIE GEWINNVERSCHIEBUNG BEI HYDRAULISCHEN PARTNERWERKEN 48

I. Der Begriff Partnerwerk 48

1. Im Allgemeinen 48
2. In der Elektrizitätswirtschaft 48

II. Wesen und Arten 49

1. Reine Partnerwerke 51
2. Partnerwerke mit fremden Geldgebern 51

III. Gewinnstrebige und nicht gewinnstrebige Unternehmungen 52

1. Die Unterscheidung 53

2. Abgrenzung zur nicht gewinnfähigen Unternehmung 54

3. Die Partnerwerke der Elektrizitätswirtschaft als nicht gewinnstrebige Unternehmen 55

a) Charakteristik der nicht gewinnstrebigen Unternehmung 56

b) Arten nicht gewinnstrebiger Unternehmungen 57

IV. Motive der Gründung rechtlich selbständiger Produktionswerke in der Elektrizitätswirtschaft 59

1. Risikoausgleich 59

2. Finanzierungsvorteile 59

3. Organisatorische und wirtschaftliche Vorteile 60

4. Erhöhung der Disponibilität in der Energieversorgung 60

V. Folgen der Gründung rechtlich selbständiger Produktionswerke in der Elektrizitätswirtschaft 61

1. Gewinnverlagerungsmöglichkeit 61

2. Möglichkeit zu unzulässigen Steuereinsparungen am Produktionsort 61

VI. Die steuerrechtliche Selbständigkeit der Partnerwerke 63

1. Die steuerliche Nichtanerkennung im innerkantonalen Steuerrecht 64

a) wegen Steuerumgehung 64

b) wegen Steuerverschiebung 64

2. Die steuerliche Nichtanerkennung im interkantonalen Steuerrecht 65

VII. Die Prüfung auf Gewinnverschiebung 67

1. Die Ueberprüfung 68

a) der Abschreibungen 68
b) der Rückstellungen 70
c) der Dividende 72
d) der versteuerten Gewinne 73

2. Der Nachweis ganz besonderer Tatbestände 77

a) Das Gestaltungsprivileg der Partner 77
b) Das Fehlen eines freien Energiemarktes zwischen Partner und Produktionswerk 78
c) Die Unbestimmtheit der Gegenleistung 78
d) Unterpreislieferung 79
aa) Vorteilszuwendungen durch blosse Verrechnung der Gestehungskosten 80
bb) Augenfällige Diskrepanz in den Uebernahmepreisen 82

e) Die Versteuerung eines konstanten Gewinnes 83
f) Leistungsempfänger ist ein Mitglied des Produktionsunternehmens oder eine diesem nahestehende Person 84
g) Das fehlende Gewinnstreben 84
h) Unentgeltliche Vorteilszuwendungen 86

3. Der Nachweis einer Gewinnverschiebung 88

a) Das Aussergewöhnliche der Parteivereinbarung 90
aa) Die Gewährung beonserer Preisvorteile 91
bb) Die Ueberlassung der Gewinnrealisierung an die Aktionäre 95
cc) Gewinnverschiebung durch Verträge zugunsten nahestehender Dritten 98

b) Die ungerechtfertigte Verminderung der Steuerlast am Produktionsort 99

c) die Verschiebung des Steuerfaktors Gewinn in ein anderes Steuerhoheitsgebiet 102

VIII. Die gesetzmässigen Voraussetzungen einer Besteuerung der Gewinnverschiebungen in Form von Preisvorteilen 104

1. Die Rechtfertigung der Besteuerung 106

2. Die Beweislast 108

IX. Die betragsmässige Erfassung der Gewinnverschiebung 111

1. Das Problem 113

a) Verrechnungspreise bei verbundenen Unternehmungen 113
aa) Das steuerliche Problem 113
bb) Die steuerlich zulässige untere Grenze 113

b) Fehlen eigentlicher Marktpreise 114

c) Unterschiedliche Gestehungskosten 115

d) Unterschiedliche Qualität der produzierten Energie 11?
aa) Lauf- und Speicherwerkenergie 11?
bb) Sommer- und Winterenergie 11?
cc) Spitzen- und Normalbedarfsenergie 120

2. Gegenüberstellung des Marktwertes der Produktion mit den Jahreskostenvergütungen der Aktionäre 122

3. Die Bewertung der an die Partner abgetretenen Energie 125

a) Rückschlüsse aus marktkonformen Preisen 125

b) Thermische Produktionskosten als Richtwert? 128

c) Die höchsten an Aktionäre verrechneten Kosten im Branchenvergleich als Richtwert 130

X. Steuerliche Korrekturbehelfe 135

1. Gewinnaufrechnung 135

2. Einheitliche Gewinnermittlung 138

DRITTER TEIL: DIE FRAGE EINER SONDERBEHANDLUNG DER PARTNERWERKE 142

I. Vorbemerkung 142

II. Kantonale Besteuerung 144

1. Voraussetzungen 144

2. Dei Verfassung als Schranke 145

3. Die Lösung im geltenden Steuerrecht 146

4. Ziel einer nicht subsidiären Sonderbesteuerung 150

5. Die Zulässigkeit einer Sonderbehandlung 151

a) Die Partnerwerke als nicht übliche Kapitalgesellschaften 153
aa) Das Zerrbild der Gewinnrechnungen 153
bb) Uebermässige Fremdfinanzierung 154

b) Forderung der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit 156

c) Verfassungsmässigkeit 157

d) Ausnahmen 159

6. Der Kreis der betroffenen Unternehmungen 161

a) Verfassungsmässig haltbare Formulierung im Gesetz 162

b) Umkehr der Beweislast 163

III. Die Ausgestaltung der Sonderbehandlung 165

1. Kriterien für die Bestimmung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eines Produktionswerkes der Elektrizitätswirtschaft 165

a) Der Umsatz 167
aa) Der wertmässige Netto-Umsatz 168
bb) Der mengenmässige Netto-Umsatz 168

b) Das investierte Kapital 169

c) Die Betriebsanlagen 170

d) Die genutzte Wasserkraft 170

2. Berücksichtigung aller grundsätlich geeigneten Kriterien 171

3. Die Erhebung allfälliger Sollsteuern 175

Schlussbetrachtungen 176

Literaturverzeichnis 178

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
a.m.	anderer Meinung
Art.	Artikel
ASA	Archiv für Schweizeriches Abgaberecht
Bd.	Band
BFH	Bundesfinanzhof in Deutschland
BGBl	deutsche Budesgesetz-Blatt
BGE	Bundesgericht, amtliche Sammlung der Entscheidungen
BStBl	deutsche Bundessteuer-Blatt
BV	Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft
bzw.	beziehungsweise
c.	contra
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E	Erwägung
EW	Elektrizitätswerk
f.	und folgende Seite
ff.	und folgende Seiten
FDK-Sammlung	Bundesgerichtsentscheide in Doppelbesteuerungsfällen vom Sekretariat der Finanzdirektorenkonferenz
FN	Fussnote
i.d.R.	in der Regel
i.S.	in Sachen
i.V.m.	in Verbindung mit
Ko-Ko-Entwurf	Koordinationskommission vom 3. August 1973 für ein Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer und für ein Gesetz über die direkte Steuer der Kantone und Gemeinden
KStDV	deutsche Körperschaftssteuer-Durchführungsverordnung
lit.	litera
m.a.W.	mit anderen Worten
MBV	Monatsschrift für Bernisches Verwaltungsrecht
N	Note
Nr.	Nummer
OR	Schweizerisches Obligationenrecht
Pra.	Praxis des Bundesgerichtes
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RK	Rekurskommission
u.a.	unter anderem
S.	Seite
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft
StR	Steuer Revue
StG	Steuergesetz
vgl.	vergleiche
WSt	Eidg. Wehrsteuer
z.B.	zum Beispiel
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung

Einleitung

Den Steuerbehörden der Gebirgskantone bereitet die Besteuerung der Partnerwerke der Elektrizitätswirtschaft etwelches Kopfzerbrechen; denn sie werden sich des Gefühls nicht los, dass durch ein wirtschaftliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ihrer Steuerhoheit zustehende Gewinne - deren Berechtigung hier gar nicht in Frage gestellt wird - in ausserkantonal verbundene Unternehmen verlagert werden. Dass diese Sorgen so unbegründet nicht sind, geht alleine schon aus der Tatsache hervor, dass an die Stelle frei, d.h. durch Angebot und Nachfrage vereinbarter Preise, von den Partnern festgelegte Verrechnungspreise treten.

Auch müssen wir uns die Situation vor Augen halten, dass sich heute sozusagen sämtliche grösseren hydraulischen Partnerwerke der Gebirgskantone fast ausschliesslich im Besitze ausserkantonalen Kapitals befinden. Im Ernste müssen wir uns deshalb fragen: kommt den betreffenden Gebirgskantonen und deren Gemeinden bei der Hingabe ihres einzigen Reichtums denn auch wirklich der entsprechende Gegenwert für die zur Nutzung überlassenen Wasserkräfte zu ?

Die Durchleuchtung des steuerrechtlichen Problems einer allfälligen Gewinnverschiebung kann letztlich aber nicht nur formal-juristisch erfolgen, sondern muss infolge der Vielge-

staltigkeit des Wirtschaftslebens zugleich auch unter betriebswirtschaftlichem Aspekt geschehen. Die Ausbildung zum Nationalökonomen mit Vertiefungsgebiet Finanz- und Rechnungswesen und Juristen war für das Schreiben dieser Arbeit somit eine sinnvolle wechselseitige Ergänzung, da für das Verständnis des vorliegenden Problems Kenntnisse der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften unumgänglich sind.

ERSTER TEIL: DIE GEWINNVERSCHIEBUNG IM ALLGEMEINEN

I. Die Bedeutung des Gewinns im Steuerrecht

Der Gewinn[1] - als ein Gradmesser der unternehmerischen Leistungsfähigkeit - bildet den Grundpfeiler der heutigen Unternehmungsbesteuerung im Bund, den Kantonen und Gemeinden. Von den juristischen Personen erhob der Bund beispielsweise in der 16. Wehrsteuerperiode (1971-1972) rund 517 Mio. Ertragssteuern.[2] Der Kanton Zürich brachte es im Jahre 1976 auf 356 Mio. während Genf 144 Mio., St. Gallen 49 Mio., Basel-Stadt 153 Mio., Bern 124 Mio. und Graubünden 25 Mio. verzeichneten.[3]

Bei den Kapitalgesellschaften wird der Gewinn sowohl im Bund als auch in den meisten Kantonen[4] im Verhältnis zum Kapital erfasst.[5] Die Rentabilität des Kapitals wird somit zum Masstab der Steuerkraft.[6] Interkantonal sind für die Berechnung des

---

1) vgl. statt vieler Bachofner, S.1 ff.

2) Statistisches Jahrbuch der Schweiz, 1977, S. 433 sowie Statistische Quellenwerke der Schweiz, Heft 564, S. 11 und 17 f.

3) Kantonsfinanzen, Auszug aus den Staatsrechnungen der Kantone, Eidg. Finanzverwaltung, Bern 1976

4) Das neue Aktiensteuergesetz des Kantons Aargau (§ 18 A StG) kennt eine stufenweise proportionale Belastung des Reinertrages, nämlich einen niedrigeren Satz für denjenigen Teil des Reinertrages, welcher einer angemessenen Verzinsung (5%) des Eigenkapitals und der Zuweisung an die gesetzlichen Reserven entspricht und einem höheren proportionalen Satz auf dem übrigen Reinertrag. Vgl. diesbezüglich Mühlebach, S. 159 ff.

5) vgl. Gygax, N 162, S. 132 f.

6) Diese Satzbestimmung nach der Ertragsintensität wird jedoch heute in der massgebenden finanzwissenschaftlichen und steuerrechtlichen Literatur heftig kritisiert. In der Tat ist es

Steuersatzes nach Ertragsintensität stets die Gesamtfaktoren zu berücksichtigen, nicht nur die Faktoren des Teilungskantons.[1)]

Es sei jedoch bereits vorweggenommen, dass der Gewinn nicht in jedem Fall ein idealer Gradmesser der unternehmerischen Leistungskraft darstellt. Man denke in diesem Zusammenhang bloss an die nicht gewinnstrebigen Gesellschaften, auf die in dieser Arbeit speziell einzugehen sein wird.

---

nicht möglich, schlüssig nachzuweisen, dass die Leistungsfähigkeit einer Unternehmung mit zunehmender Ertragsintensität entsprechend ansteige. Zudem wird durch diese Formel die arbeitsintensive gegenüber der kapitalintensiven Unternehmung benachteiligt. Kapitalintensive Unternehmungen vermögen - dank des hohen Eigenkapitals - die Rentabilität klein und damit den Steuersatz für die Besteuerung des Reingewinns tief zu halten. Das führt unter anderem zu einer Schlechterstellung junger Gesellschaften gegenüber ältern, meist konsolidierten Gesellschaften.

1) vgl. u.a. ASA 29, 239 sowie StR 16 (1961), S. 392

1. Die Ermittlung des steuerbaren Gewinns

Für die Ermittlung des steuerbaren Ertrages bildet beim Bund und bei den Kantonen der Saldo der Gewinn- und Verlustrechnung Ausgangspunkt. Auch stimmen die Vorschriften im schweizerischen Steuerrecht über die Berechnung des steuerbaren Reinertrages im grossen und ganzen überein. So wird vorerst der Saldo der Erfolgsrechnung um den Vorjahressaldo korrigiert, während die Verstösse gegen das Handelsrecht beseitigt werden.[1] Der Saldo erhöht sich weiter um die zur Einkommenserzielung nicht erforderlichen Gewinnungskosten, mit anderen Worten um die Posten, die im Laufe des Geschäftsjahres oder anlässlich des Bilanzabschlusses vorweg ausgeschieden worden sind, sei es durch U e b e r h ö h u n g v o n A u f w e n d u n g e n, denen der Charakter geschäftsmässig begründeter Unkosten, Abschreibungen oder Rückstellungen nicht zukommt oder durch K ü r z u n g v o n E r l ö s e n.[2]

Geschäftsmässig unbegründete Aufwendungen führen zu steuerlich unzulässigen Belastungen der Gewinn- und Verlustrechnung, weshalb es nicht überrascht, dass hinsichtlich

---

1. vgl. Cagianut, ASA 37, 142 ff.

2. vgl. Höhn, Steuerrecht, S. 206

der Kapitalgesellschaften in fast allen modernen Steuergesetzen unseres Landes eine Aufrechnung ausdrücklich erwähnt wird.[1] Bei der Kürzung von Erlösen geht es anderseits um die der Rechnung nicht gutgeschriebenen Einkünfte, welche in sechs Kantonen ebenfalls ausdrücklich erwähnt werden.[2]

Ob die Leistung als Unkostenbestandteil zu charakterisieren ist oder nicht, ergibt sich aus der Tätigkeit der Unternehmung und ist von Fall zu Fall zu beurteilen.[3] Als Beispiel geschäftsmässig nicht begründeter Unkosten, die dem ausgewiesenen Reingewinn zuzurechnen sind, nennt die Wehrsteuer die freiwilligen Zuwendungen an Dritte. Obwohl nicht ausdrücklich erwähnt, fallen darunter auch freiwillige Zuwendungen über Dritte. Unter den "Dritten" können nach Känzig[4] auch die Gesellschafter verstanden werden, so dass zu den freiwilligen Leistungen an Dritte auch die Gewinnverschiebungen zu rechnen sind.

---

1) WStB Art. 49 Abs. 1 lit. b und c; BS § 73 Abs. 2, lit. b; BE Art. 64 lit. b; LU § 51 Abs. 1 Ziff. 2; ZH § 45 Abs. 1 lit. b; eine Ausnahme bildet der Kanton SG.

2) AI 47c; GR 53c; SO 59d; SZ 38 Ic; TG 48c und ZH 45 Ic, II; wobei AI mit "alle der Geschäftsrechnung nicht gutgeschriebenen Einkünfte" die umfassendste Formulierung kennt.

3) Auf die von den Parteien gewählte Bezeichnung ist nicht abzustellen, wenn diese ungewöhnlich ("insolite" BGE 59 I 284) sachwidrig oder der wirtschaftlichen Gegebenheit völlig unangemessen erscheint.

4) Känzig, Ergänzungsband, S. 172

2. Die Doppelbesteuerung des Gewinnes

Die Schweiz gehört zu jenen Staaten, die den Gewinn der Aktiengesellschaften bewusst zweimal fiskalisch belasten, nämlich als Ertrag bei der Gesellschaft im Zeitpunkt der Gewinnerzielung und als Einkommen beim Aktionär im Zeitpunkt der Ausschüttung.[1] Diese steuerliche Doppelbelastung ist indes innerlich gerechtfertigt. "Denn die Unternehmungsform der juristischen Person bietet Vorteile, die eine zusätzliche steuerliche Leistungsfähigkeit bewirken. Infolge der beschränkten Haftung, der begrenzten Einzahlungspflicht, der Kleinheit und der leichten Uebertragbarkeit der einzelnen Anteile, der Möglichkeit der späteren Kapitalerweiterung, des dauerhaften, vom Schicksal der Anteilsinhaber unabhängigen Bestandes und der damit verbundenen höheren Kreditfähigkeit hat die Unternehmung einer juristischen Person Entwicklungs- und Entfaltungsmöglichkeiten, die eine steuerliche Mehrbelastung sehr wohl rechtfertigen. Der Einwand, diese besondere wirtschaftliche Kraft wirke sich in höheren Erträgnissen aus und werde also mit der Einkommenssteuer beim Mitglied der Körperschaft ohnehin erfasst, ist unbegründet. Denn die Einkommenssteuer beim Anteilsinhaber versagt immer insoweit, als die Unternehmung der juristischen Person die Gewinne nicht ausschüttet oder der Anteilsinhaber der schweizerischen Steuerhoheit nicht unterworfen ist. Die

---

1) Neuenburg, Schwyz, Thurgau, Waadt und Appenzell-Ausserrhoden vermeiden teilweise die Doppelbesteuerung.

Erwerbsunternehmungen der juristischen Personen sind längst nicht mehr ein blosses Mittel, den Anteilsinhabern möglichst hohe Gewinne zu verschaffen. Sie stehen keineswegs bloss im Dienste der Dividendenbezüger, sondern erfüllen mannigfaltige andere ökonomische Aufgaben."[1] Hinzu kommt, je "grösser die ökonomische Selbständigkeit einer Aktiengesellschaft ist und je loser ökonomisch die Aktionäre an die Gesellschaft gebunden sind, desto mehr ist es innerlich gerechtfertigt, der Gesellschaft eine eigene, von den Aktionären unabhängige steuerliche Leistungsfähigkeit zuzuerkennen."[2] Wo dagegen, wie im Fall der Einmann- und Familien-AG, die wirtschaftliche Bindung zwischen Gesellschaft und Aktionär besonders eng ist, ist die Doppelbelastung "eine Realität"[3] und deshalb "nicht im gleichen Mass berechtigt."[4]

Bei der Publikums-AG hingegen besteht die wirtschaftliche Doppelbelastung "lediglich rechnerisch-theoretisch, nicht aber in der wirtschaftlich-sozialen Realität",[5] interessieren den Aktionär im Wesentlichen doch nur die ihm verbleibende Dividende, sodass er sich der wirtschaftlichen Doppelbelastung kaum bewusst ist.

---

1) Expertenkommission Piller, S. 30
2) ebenda, S. 31
3) Borkowsky, Steuerliche Unternehmungspolitik, S. 234
4) Expertenkommission Piller, S. 31
5) Borkowsky, Steuerliche Unternehmungspolitik, S. 234

3. Die Thesaurierung von Gewinnen

Der Gesellschafter einer personenbezogenen Kapitalgesellschaft (Aktiengesellschaft, Genossenschaft, GmbH) hat es in der Hand, in welcher Form er den Ertrag der Gesellschaft für sich beziehen will, ob in der Form der Dividende, eines hohen Salärs, von Darlehen, der verdeckten Gewinnausschüttung oder durch Liquidation der Gesellschaft. Anderseits werden aber gerade die personenbezogenen Gesellschaften häufig von den Gesellschaftern als sogenannte Thesaurierungsgesellschaften, welche die "Anhäufung von Erträgnissen zum Hauptzweck"[1] haben, ausgestaltet. Die jährlichen Gewinne werden dann überhaupt oder im wesentlichen nicht ausgeschüttet, sondern aufgespeichert,[2] um deren Gegenwert erst später durch Veräusserung der Beteiligung oder auf dem Wege der Auflösung der Gesellschaft zu beziehen.[3]

Insbesondere neigen Familien- und Einmanngesellschaften in stärkerem Masse als andere Gesellschaften dazu, die Gewinne bei der Gesellschaft zu belassen. Beschränkungen in den Entnahmen pflegen bei solchen Gesellschaften geradezu Tradition zu sein und werden im Interesse der Sicherung des Unternehmens auch empfohlen. Zu jenem Eigenleben der Gesellschaft, zu jener Entfremdung zwischen Beteiligten und Unternehmungsleitung, wie bei Publikumsgesellschaften, kommt es selten.

---

1) Herold, StR 28 (1973), S. 521

2) Deshalb auch Speicher-, Gewinnauffang- oder Kapitalverwaltungsgesellschaften genannt. Vgl. Meili, S. 166 ff.

3) Entscheid der ORK des Kantons Zürich vom 24. Februar 1956, in:

Häufig ist auch die Gründung von sog. Sitzgesellschaften oder die Verwendung liquidationsreifer Gesellschaften zur Verwaltung von Kapitalien. "Solche Gesellschaften bezahlen keine Dividenden aus, sondern geben ihren Beherrschern höchstens zinslose Darlehen; sie nehmen jedoch anderseits zinslose Darlehen von ihren Beherrschern entgegen".[4)]

Im internationalen Verhältnis ist eine Gewinnspeicherung durch Zwischenschaltung von Holding- oder Basisgesellschaften namentlich dann anzutreffen, wenn Tochterländer ausgeschüttete Gewinne steuerlich begünstigen oder ein Ausschüttungszwang besteht oder wenn eine Zuverfügungstellung von Geld an die Gesellschafter in Darlehensform im Tochterland nicht anerkannt wird. Auf diese Art können die Steuern aufgeschoben werden, die bei einer späteren Abführung an die beherrschende Muttergesellschaft im Mutterland fällig werden.[5)]

ZBl 57 (1956), S. 315 sowie ZR 55 Nr. 80 und des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 23. Juni 1972, in: ZBl 74 (1973), S. 49 sowie im Rechenschaftsbericht des Verwaltungsgerichts 1972, S. 50 f.

4) Herold, StR 38 (1973), S. 521

5) In der Thesaurierung von Gewinnen kann jedoch auch ein Missbrauch nach dem Steuerrecht des Speicherlandes vorliegen. So verlangt die Schweiz beispielsweise von derartigen Gewinnauffanggesellschaften eine "angemessene Gewinnausschüttung" von mindestens 25 % des Bruttoertrages der abkommensbegünstigten Einkünfte, wenn sie die Steuervergünstigungen der Doppelbesteuerungsabkommen in Anspruch nehmen wollen. Vgl. Meili, S. 166 und dort zit. Literatur.

Freilich entsteht mit der Zeit auch bei derartigen personenbezogenen Gesellschaften für die Anteilseigner zuweilen das Interesse, sich das aufgespeicherte Vermögen irgendwie nutzbar zu machen. Das führt leicht zu verdeckten Gewinnausschüttungen.

Aus unseren Steuergesetzen ergibt sich zwar nicht, dass Gewinne sofort an die Gesellschafter auszuzahlen sind und eine wirtschaftliche Notwendigkeit besteht selten. Anderseits sieht das Handelsrecht die jährliche Gewinnausschüttung als Regelfall vor. Es dürfte deshalb dem Sinn und Zweck des Handelsrechts und der Steuergesetze widersprechen, wenn auf lange Sicht Gewinnausschüttungen dadurch vermieden werden, dass die entsprechenden Gelder etwa in Form von Darlehen, die sich laufend erhöhen, dem Gesellschafter zufliessen.[1)]

---

1) Dies mag nicht zuletzt ein Grund sein, dass in Deutschland die thesaurierten Gewinne höher besteuert werden als die ausgeschütteten Gewinne (§ 19 KStG).

a) Steueraufschub

Der Vorteil der Akkumulierung der Gewinne in der Gesellschaft besteht insbesondere darin, dass bis zum Zeitpunkt der Ausschüttung die Mehrfachbelastung vermieden werden kann. Die Ausschüttung der Gewinne und der dadurch bedingte Steueraufschub können jedoch längstens bis zur Liquidation der Gesellschaft hinausgeschoben werden. Anderseits steigen mit den Thesaurierungen die Ertragsaussichten, was zur Folge hat, dass je weniger entnommen wird, desto sicherer nicht nur die eigene Steuerpflicht der Gesellschaft, sondern auch die laufende Besteuerung des Anteilseigners steigt.

Die Ausgestaltung als Thesaurierungsgesellschaft kann für die Beherrscher jedoch mehr als bloss einen Steueraufschub zur Folge haben. So beispielsweise wenn der Erlös anlässlich der Auflösung der Gesellschaft oder der Veräusserung der Beteiligung beim Anteilseigentümer nicht der Einkommensbesteuerung unterliegt. Die Auflösung oder Veräusserung der Gesellschaft wird dann zu einem Weg für den Gesellschafter, Einkommen steuerfrei zu beziehen.

b) Besteuerung der Ausschüttung thesaurierter Gewinne

Es ist sachlich und im Sinne der steuerlichen Gleichbehandlung geboten, die Ausschüttung thesaurierter Gewinne steuerlich den Dividendenzahlungen gleichzustellen, "wird doch auch bei der Dividende nicht gefragt, ob sie aus im abgelaufenen Geschäftsjahr erarbeitetem Gewinn oder früher gebildeten, betrieblich begründeten, nunmehr aber aufgelösten Reserven ausgeschüttet werde".[1] "Im Rahmen einer Ordnung, welche die laufend ausgeschütteten Erträgnisse gesellschaftlicher Beteiligungen (Dividenden usw.) als Einkommen erfasst, ist es folgerichtig, die .... Verteilung aufgespeicherter Erträge mehrerer Jahre gleich zu behandeln".[2] Eine unterschiedliche steuerliche Behandlung würde unstreitig eine erhebliche Gefahr von Steuerumgehungen schaffen, welcher nur selten wirksam begegnet werden könnte.[3]

---

1) Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 23. Juni 1972, in: ZBl 74 (1973), S. 47 bzw. Rechenschaftsbericht des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich 1972, S. 49

2) BGE 83 I 282; vgl. auch Entscheid der Rekurskommission I des Kantons Zürich vom 20. Dezember 1972, in: StR 28 (1973), S. 529

3) So verweigern etwa sowohl das Bundesgericht wie auch das zürcherische Verwaltungsgericht überhaupt die steuerliche Anerkennung der Thesaurierungsgesellschaften. Vgl. StR 28 (1973), S. 529 und dort zit. Entscheide.

II. Die Gewinnverschiebung

1. Anwendungsfall der verdeckten Gewinnausschüttung

Die Frage der Gewinnverschiebung hat durch das Aufkommen der verbundenen Unternehmungen steigende Bedeutung erlangt. Dabei handelt es sich um einen besonderen Anwendungsfall der verdeckten Gewinnausschüttung,[1] nämlich um die Veräusserung von Leistungen des Gesellschaftsvermögens zu ungenügenden Preisen. Die Gewinnausschüttung wird durch Kürzung von Erlösen bzw. durch Verzicht auf einen höheren Ertrag herbeigeführt,[2] mit anderen Worten die Gesellschaft verkauft zu billig! Würde dies auf dem freien Markt gegenüber unbeteiligten Dritten geschehen, so wäre hierzu auch steuerrechtlich nichts einzuwenden, da es jedem Unternehmer freisteht, seine Produkte unabhängigen Dritten billiger als üblich zu veräussern. Da es jedoch um Lieferungs- und Abnahmeverträge zwischen einander nahestehenden Gesellschaften oder zwischen Unternehmen mit gleichen Beteiligten geht, ist dieses Verhalten steuerrechtlich näher zu prüfen. Dies um so mehr als die getroffenen Abmachungen von der marktüblichen Preisbildung

---

1) vgl. Känzig, Wehrsteuer, Art. 49, N 57, S. 347 sowie Läubli, S. 64

2) Der entgegengesetzte Fall, die verdeckte Gewinnausschüttung durch Ueberhöhung von Aufwendungen interessiert uns hier nicht, weshalb für die Bedeutung dieser Unterscheidung auf Imboden, ASA 31, 177 ff. verwiesen wird.

deutlich abweichen, was wiederum nur möglich ist weil die oder der Erwerber Beteiligte oder diesen nahestehende Personen sind.[1] Es kann somit gesagt werden, dass solche Vereinbarungen nur möglich sind, weil die Interessenten kraft ihrer Stellung (z.B. Hauptaktionäre) tatsächlich über die Geschäftsführung des Unternehmens verfügen, oder in Anlehnung an die bekannte Section 482 des US Internal Revenue Code (IRC): weil sich die betreffenden Gesellschaften direkt oder indirekt im Eigentum derselben Interessen befinden oder von diesen direkt oder indirekt beherrscht werden.[2]

Es geht also um geldwerte Vorteile, die eine Gesellschaft ihren Gesellschaftern oder ihr oder ihren Gesellschaftern nahestehenden Personen durch Verrechnung zu niedriger Preise zuwendet, aber unbeteiligten Dritten unter den gleichen Umständen nicht erbringen würde. Dadurch entfliessen der Unternehmung Gewinne, ohne dass sie vorher der Gewinn- und Verlustrechnung gutgeschrieben worden wären.[3] Steuerlehre und Praxis pflegen derartige Vorkehren, wie eingangs erwähnt, unter den Sammelbegriff der

---

1) vgl. RK Luzern vom 11.2.1952, E 1951/52 N. 40

2) vgl. Federal Register Bd. 33 Nr. 74 v. 16. April 1968: "... owned or controlled directly or indirectly by the same interests".

3) vgl. Studer, S. 164 f.

verdeckten Gewinnausschüttungen zu subsumieren.[1)]
Die Frage,ob solche geldwerte Vorteile nicht allenfalls Schenkungen darstellen ist zu verneinen, da Geschenke im geschäftlichen Leben der Kapitalgesellschaften eine Ausnahmeerscheinung sind[2)] und eine Leistung der Gesellschaft an die Gesellschafter oder ihr bzw. ihnen nahestehende Personen durch Verrechnung zu tiefer Preise regelmässig nicht aus Wohltätigkeit, sondern aus wirtschaftlichen Beweggründen erfolgen.

a) Das Wesen der verdeckten Gewinnausschüttung

"Das Problem der verdeckten Gewinnausschüttung ergab sich in der Vergangenheit mit dem Zeitpunkt, zu dem erstmalig juristische Personen zur Einkommensbesteuerung herangezogen wurden."[3)] Während noch früher das Problem hauptsächlich bei Familien- und Einmannaktiengesellschaften auftrat, ist sie heute bald Gegenstand jeder selbständigen Erwerbstätigkeit, vor allem aber bei Gesellschaften mit kleinerem Mitgliederkreis.

Wie es der Name bereits sagt, erfolgt die Gewinnausschüttung verborgen. Mit anderen Worten, die verdeckt ausgeschütteten Gewinne werden weder in der Erfolgsrech-

---

1) vgl. Widmer, ASA 20, 113; Masshardt, S. 219 sowie Imboden, ASA 31, 31 und 175 f.

2) beispielsweise Zuwendungen an Personalfürsorgestiftungen und Wohlfahrtsfonds.

3) Prym, S. 19

nung noch beim Gewinnvortrags- oder verteilungskonto als Gewinn ausgewiesen, noch zu Lasten einer statutarischen oder freien Reserve vorgenommen.[1)]

Die Gesellschaft erbringt eine Leistung, der keine oder keine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht. Ihr Verhalten wird als nicht mehr "geschäftsmässig"[2)] angesehen. Beispielsweise die Vereinbarung, die ganze Produktion oder Teile davon zu den Selbstkosten abzuliefern. Es handelt sich daher stets um "geldwerte Vorteile, die in dem Umfange gewährt werden, als die von der Unternehmung erbrachte Leistung bzw. der Verzicht auf Leistungsempfang nicht geschäftsmässig begründet ist".[3)]

Von einer verdeckten Gewinnausschüttung kann jedoch erst dann gesprochen werden, wenn durch das nicht geschäftsmässige Verhalten der Gesellschaft "den massgeblich Beteiligten direkt oder indirekt ein Vorteil zukommt",[4)] der bei geschäftsmässigem Handeln als Gewinn in der Jahres-

---

1) vgl. Blumer/Graf, S. 243; Känzig, Wehrsteuer, S. 343

2) Eine Ausgabe bzw. Leistung ist geschäftsmässig, "wenn sie objektiv nach kaufmännischer Anschauung in den Kreis der Geschäftstätigkeit gehört oder doch subjektiv in guten Treuen diesem Kreis zugerechnet werden dürfte" Pestalozzi, S. 42

3) Reimann/Zuppinger/Schärrer, Bd. 3, § 45 StG, N 72 S. 137

4) Studer, S. 165

rechnung der Unternehmung ausgewiesen worden wäre und von den massgeblich Beteiligten via Gewinnvortrags- oder -verteilungskonto hätte bezogen werden müssen. Es ist jedoch nicht Sache der Steuerbehörde, an Stelle der Geschäftsleitung die Zweckmässigkeit und Angemessenheit einer Handlung, eines Duldens oder Unterlassens zu beurteilen. Ihr steht das Recht einzuschreiten erst dann zu, wenn das Verhalten derart ungewöhnlich ist, dass mit Gewissheit angenommen werden kann, es würde anders ausfallen, wenn der Empfänger der Gesellschaft nicht nahe stehen würde.[1)]

Nach Pestalozzi[2)] kann eine verdeckte Gewinnausschüttung namentlich dann angenommen werden, "wenn eine Gesellschaft ihren Gesellschaftern oder ihr sonst nahestehenden Personen ohne entsprechende Gegenleistung Vorteile zuwendet im Bewusstsein, dass sie unbeteiligten Dritten ähnliche Vergütungen nicht einräumen würde". Entscheidend ist also, dass die Vorteilsgewährung auf die Gesellschaftereigenschaft zurückzuführen ist. Aehnlich sind die Worte des Bundesgerichtes:[3)] "diejenigen Vorteile, die eine Gesellschaft ihren Gesellschaftern oder ihr sonst nahestehenden

---

1) vgl. BGE 59 I 272 ff.

2) Pestalozzi, S. 11

3) ASA 22, 189 mit Verweisungen

Personen ohne entsprechende Gegenleistung zuwendet, aber unbeteiligten Dritten unter im übrigen gleichen Umständen nicht zubilligen würde". "Als steuerliches Merkmal findet sich, dass damit die wirtschaftliche Mehrfachbesteuerung von Gesellschaft und Gesellschafter vermieden wird".[1)]

Wenn indes Ueberlegungen vorliegen, die eine Unterfakturierung rechtfertigen, wie beispielsweise Dumping zum Zwecke der vollen Kapazitätsausnützung, des Absatzes von Ueberproduktion oder zur Bekämpfung ausländischer Ueberproduktion, dann kann nicht von einer verdeckten Gewinnausschüttung gesprochen werden, da ein solches Verhalten geschäftsmässig begründet ist.

---

1) Borkowsky, Steuerliche Unternehmungspolitik, S. 52

b) Erscheinungsformen der verdeckten Gewinnausschüttung

Der Gesetzgeber hat bisher bewusst von einer Definition der verdeckten Gewinnausschüttung abgesehen und der Rechtsprechung die Umschreibung des Begriffes überlassen. Die unübersehbare Vielfalt möglicher Erscheinungsformen wird ihn zu dieser Zurückhaltung bewogen haben. Immerhin ist das Bundesgericht, in Anlehnung an die Theorie und Praxis, über kasuistische Regelungen hinausgelangt und nimmt eine verdeckte Gewinnausschüttung an wenn:[1]

- in tatsächlicher Hinsicht

  eine Leistung ausgerichtet worden ist, der keine angemessene Gegenleistung gegenübersteht, so dass sich die Leistung, als eine Entnahme von Gesellschaftsmitteln, in einer Verminderung der durch die Gewinn- und Verlustrechnung ausgewiesenen Geschäftsergebnisse auswirkt;

- in objektiver Hinsicht

  mit der Leistung ein Mitglied der Gesellschaft begünstigt wurde, die Leistung ihm direkt oder indirekt (z.B. über eine ihm nahestehende Person[2] oder Unternehmung) zu-

---

1) Masshardt, S. 219 sowie den grundlegenden Entscheid hierzu in ASA 25, 433 ff. wie auch BGE 82 I 291 f.

2) Nach schweizerischem Recht ist für die Bestimmung der "nahestehenden Person" der Grad der nahen Verbundenheit unbeachtlich und auch die persönliche Beziehung als solche braucht nicht nachgewiesen zu werden. Der Empfang der Leistung begründet den Tatbestand, weil es der Gesellschafter so will. Dies im Unterschied zur neuesten deutschen Rechtsprechung, die einen Dritten als nahestehende Person nur dann ansieht, wenn die unmittelbare Zuwendung an die nahestehende Person einen Vorteil für den Gesellschafter selbst zur Folge hat (vgl. BFH - IA 28/69 v. 27.1.1972 sowie BStBl. II 1972, S. 320).

gehalten wurde, wobei anzunehmen ist, dass die Leistung unterblieben oder wesentlich geringer gewesen wäre, wenn der Begünstigte[1] eine der Gesellschaft fernstehende Person gewesen wäre, die Leistung also insofern ungewöhnlich ist, sich mit sachgemässem Geschäftsbebaren nicht vereinbaren lässt;

- in subjektiver Hinsicht

  das Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung für die handelnden Gesellschaftsorgane erkennbar gewesen sein muss, so dass angenommen werden kann, es sei eine Begünstigung beabsichtigt gewesen. 2)

Stellvertretend für die zahlreichen Erscheinungsformen sei hier auf § 19 der deutschen Körperschaftssteuer-Durchführungsverordnung[3] verwiesen, der eine nicht abschliessende Aufzählung von Beispielen möglicher verdeckten Gewinnausschüttungen enthält:

1. Ein Gesellschafter führt Vorstandsgeschäfte und erhält dafür unangemessen hohes Gehalt.
2. Eine Gesellschaft zahlt an einen Gesellschafter besondere Umsatzvergütungen neben einem angemessenen Gehalt.

---

1) Vom BGer wird im Gegensatz zu Imboden (ASA 31, 181) nicht gefordert, beim Begünstigten müsse es sich um einen massgeblich beteiligten Gesellschafter handeln.

2) Das alleinige Kriterium der "Begünstigungsabsicht" von Imboden (ASA 31, 181) erscheint Egli, S. 83 zu Recht als eine wenig praktikable Ueberspitzung des subjektiven Elementes und sei wohl deshalb vom BGer anders formuliert worden.

3) KStDV in der Fassung vom 26.3.1969 = BGBl. 1969 I S. 270 dsgl. BStBl. 1969 I S. 158

3. Ein Gesellschafter erhält ein Darlehen von der Gesellschaft zinslos oder zu einem aussergewöhnlich geringen Zinsfuss.

4. Ein Gesellschafter erhält von der Gesellschaft ein Darlehen, obwohl schon bei der Darlehenshingabe mit der Uneinbringlichkeit gerechnet werden muss.

5. Ein Gesellschafter gibt der Gesellschaft ein Darlehen zu einem aussergewöhnlich hohen Zinsfuss.

6. Ein Gesellschafter liefert an die Gesellschaft Waren oder erwirbt von der Gesellschaft Waren und sonstige Wirtschaftsgüter zu ungewöhnlichen Preisen oder erhält besondere Preisnachlässe und Rabatte.

7. Ein Gesellschafter verkauft Aktien an die Gesellschaft zu einem höheren Preis als dem Kurswert, oder die Gesellschaft verkauft Aktien an einen Gesellschafter zu einem niedrigeren Preis als dem Kurswert.

8. Eine Gesellschaft übernimmt zum Vorteil eines Gesellschafters eine Schuld oder sonstige Verpflichtungen, wie Bürgschaften.

9. Eine Gesellschaft verzichtet auf Rechte, die ihr einem Gesellschafter gegenüber zustehen.

10. Ein Dritter, der nicht nur für die Gesellschaft, sondern auch für einen Gesellschafter persönlich tätig ist, erhält dafür eine Gesamtvergütung, welche die Gesellschaft unter Unkosten verbucht.

Diese kasuistische Aufzählung zeigt deutlich, dass die verdeckte Gewinnausschüttung jeder Vorteil ist, den ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsführer einem unabhängigen Dritten nicht gewähren würde.[1)]

---

1) vgl. Döllerer, S. 1445 f.

2. Anwendungsfall der Gewinnvorwegnahme

Gewinnverschiebungen können auch in unentgeltlichen Vorausverfügungen vollzogen werden. So, "wenn die Gesellschaft über Erträgnisse, die ihr zufliessen werden, im voraus unentgeltlich zugunsten der Aktionäre verfügt und damit den bevorstehenden Reingewinn mindert".[1] Der Gesellschaft zustehende Erträge fliessen dadurch direkt den Aktionären zu oder sie verzichtet zugunsten des Aktionärs ganz oder teilweise auf eine Vergütung, die sie für eine den Beteiligten erbrachte Leistung bei gleichen Verhältnissen von einem Dritten erhalten würde.[2] Der Unternehmungsgewinn wird demnach nicht in offener Verbuchung am Jahresende, sondern als Gewinnvorwegnahme, die den buchmässig ausgewiesenen Gewinn bereits im Laufe des Jahres schmälert, verdeckt verteilt. "Solche Zuwendungen gelten als verdeckte Gewinnausschüttungen".[3]

Der Begriff "Gewinnvorwegnahme" ist im übrigen eine Bezeichnung der schweizerischen Terminologie, während in Deutschland stets von verdeckter Gewinnausschüttung gesprochen wird.

---

1) Bosshardt, SAG VIII (1935/36), S. 129

2) vgl. Reimann/Zuppinger/Schärrer, Bd. 3, § 45 StG, N 71 S. 137

3) Weidmann, S. 103

3. Besondere Vorteilszuwendung

Der Begriff der Gewinnverschiebung ist nicht unter einer engen Definition erfassbar. Er kann etwa mit dem zivilrechtlichen Begriff des Verstosses gegen die guten Sitten verglichen werden. Beide vermögen nicht genau formuliert zu werden, sondern nur von Fall zu Fall kann ein Verstoss gegen die guten Sitten oder eine Gewinnverschiebung auf Grund des vorliegenden Sachverhaltes als Einzeltatbestand festgestellt werden. Begriffe wie

- verdeckte Gewinnausschüttung
- Gewinnverschiebung
- Gewinnvorwegnahme

sind wohl drei verschiedene Ausdrücke, bezeichnen jedoch denselben Vorgang! Nämlich die Vorteilszuwendung, "welche die Gesellschaft ihren Gesellschaftern oder diesen nahestehenden Personen im Bewusstsein zuwendet, dass sie diese unter sonst gleichen Bedingungen unbeteiligten Dritten nicht gewähren würde".[1] Die Bezeichnung ist im übrigen eine rein terminologische Frage, die ruhig offen gelassen werden kann.

---

1) ASA 32, 108

4. Abgrenzung zur Steuerumgehung

Der Begriff der Steuerumgehung[1] ist - wie jener der Gewinnverschiebung - sehr elastisch. Eine enge Definition ist deshalb auch hier nicht möglich. Nur von Fall zu Fall kann eine Steuerumgehung auf Grund des konkreten Sachverhalts als Einzeltatbestand festgestellt werden. Wie schon der Name sagt, kommt es durch eine bestimmte Gestaltung der Rechtsformen oder der wirtschaftlichen Verhältnisse vorerst gar nicht zur Erfüllung des Steuertatbestandes. Nicht beabsichtigte unechte Lücken[2] und Unvollkommenheiten der Gesetze werden ausgenützt, um eine Verminderung der Steuerleistung zu bewirken. Vom Fiskus wird die Steuerumgehung[3] zwar nicht toleriert, anderseits hat er aber nicht genügend vorgesorgt,um dieses Vorgehen zu hindern.

Damit eine Steuervermeidung[4] zur gesetzeswidrigen Steuer-

---

1) statt vieler: Meili, S. 1 ff. und Margairaz, S. 1 ff.

2) Vgl. die Umschreibung der unechten Lücken v.a. bei Bosshardt, Die neue zürcherische Einkommen- und Vermögenssteuer, S. 42, Ziff. 2; Höhn, Steuerrecht, S. 335

3) Zusammen mit der legalen Steuereinsparung und der vom Gesetz ausdrücklich mit Strafe bedrohten Steuerhinterziehung gehört sie zur Kategorie des aktiven Steuerwiderstandes. vgl. Höhn, StR 29 (1974), S. 141

4) Die Steuervermeidung tritt als erlaubte Steuereinsparung oder als unzulässige Steuerumgehung auf. Bei der Steuerersparnis werden die in den Steuergesetzen enthaltenen Möglichkeiten der beabsichtigten unechten Gesetzeslücken ausgenützt und die Steuerlast vermindert, ohne dadurch gegen den Sinn und Zweck des Gesetzes zu verstossen.

umgehung wird, müssen jedoch drei Voraussetzungen gegeben sein:[1)]

- in subjektiver Hinsicht:
  Absicht der Steuereinsparung[2)];
- in objektiver Hinsicht:
  der eingeschlagene Weg muss ungewöhnlich ("insolite") sein. "Ungewöhnlich bedeutet, dass er üblicherweise im wirtschaftlichen Leben nicht angewendet wird und nicht gewählt zu werden braucht, um das erstrebte Resultat herbeizuführen".3) Oder sachwidrig oder absonderlich, jedenfalls der wirtschaftlichen Gegebenheit völlig unangemessen;
- in tatsächlicher Hinsicht:
  es muss eine wesentliche Steuerersparnis resultieren.

Das Tun und Lassen berührt sich mit der Gewinnverschiebung bzw. verdeckten Gewinnausschüttung insofern, als auch bei ihr ein ungewöhnliches Vorgehen verlangt wird, das den Verhältnissen nicht angemessen ist. "Bloss bei den subjek-

---

1) BGE 59 I 284; 64 I 298; 73 I 75; 80 I 34; 93 I 725; Blumenstein, System, S. 28; Läubli, S. 1 ff.; Hegglin, S. 22; Känzig, Wehrsteuer, S. 13 ff.; Höhn, StR 29 (1974), S. 150; teils a.M. Wackernagel, Die Steuerumgehung und ihre Verhütung, insbes. S. 29 - 38 u 49 - 66; Zuppinger, StR 29 (1974), S. 297 und dort zit. Literatur und BGE.

2) Im konkreten Fall kann es für die Veranlagungsbehörde sehr schwierig sein, die Steuerumgehungsabsicht nachzuweisen. Dies wird vor allem dann unmöglich, wenn Aussage gegen Aussage steht und das Gericht geneigt ist, den Erklärungen des Pflichtigen mehr Gewicht beizumessen als verwaltungsinternen Aktennotizen. Vgl. BGE vom 15.6.1973, ASA 42, 400

3) Pestalozzi, S. 33

tiven Merkmalen besteht ein Unterschied. Für die verdeckte Gewinnausschüttung genügt die Absicht, dem Beteiligten oder diesem nahestehenden Personen Gewinne zuzuwenden; für die Steuerumgehung bedarf es zudem der Absicht, Steuern zu sparen. Wo auch die Gewinnzuwendungsabsicht fehlt, ist deshalb eine Steuerumgehung zum vornherein ausgeschlossen (Imboden Archiv 31 p. 189). Wo die Gewinnzuwendungsabsicht gegeben ist, braucht nicht, kann aber zugleich eine Steuerumgehung gegeben sein".[1] Eine enge Verwandtschaft zwischen der verdeckten Gewinnausschüttung bzw. Gewinnverschiebung und der Steuerumgehung ist m.a.W. unverkennbar,[2] obwohl erstere ihrem Wesen nach keine Formen der Steuerumgehung sind.[3]

Die Steuerumgehung hat, wie die verdeckte Gewinnausschüttung, die Gewinnvorwegnahme oder die Gewinnverschiebung keine Steuerstrafen zur Folge, sind doch der Steuerbehörde weder falsche Angaben gemacht noch verheimlicht

---

1) Studer, S. 167

2) vgl. Imboden, ASA 31, 187; Reimann/Zuppinger/Schärrer, Bd. 3, § 45 StG, N 78 S. 140

3) vgl. Bosshardt, Die neue zürcherische Einkommens- und Vermögenssteuer, S. 203; Widmer, S. 121; Känzig, Wehrsteuer, Art. 49 Abs. 1 lit. b, N 53; Reimann/Zuppinger/Schärrer, Bd. 3, § 45 StG, N 78 S. 140; a.M. Blumenstein, System, S. 26

worden.[1] Hingegen werden die Massnahmen, die der Steuerumgehung dienten, steuerlich nicht anerkannt, da sie vom Standpunkt der Rechtsgleichheit und des Handelns nach Treu und Glauben aus nicht zulässig sind. Die Wirkung einer Steuerumgehung besteht demnach darin, "dass der steuerlich massgebende Tatbestand so behandelt wird, wie wenn das übliche Vorgehen oder die übliche Gestaltung der Verhältnisse gewählt worden wäre".[2] Es kommt zur sog. wirtschaftlichen Betrachtungsweise,[3] d.h. man stellt auf die realen wirtschaftlichen Gegebenheiten unter Vernachlässigung der auf die Steuerersparnis gerichteten rechtlichen Ausgestaltung ab. "Die Ordnung, welche der sachgemäss Ausdruck des von den Beteiligten erstrebten wirtschaftlichen Zweckes gewesen wäre",[4] wird zugrunde gelegt. Beispiel: Preise, die innerhalb eines Konzerns mit dem Ziel, Gewinn an einen steuergünstigen Ort zu verschieben, willkürlich festgesetzt worden sind, werden den branchenüblichen Ansätzen angeglichen.

---

1) vgl. Helbling, S. 250

2) SAG 46 (1974), S. 95 und dort zit. Literatur.

3) Zur rechtsstaatlichen Problematik der wirtschaftlichen Betrachtungsweise und der darauf gegründeten Praxis in Fällen sog. Steuerumgehung vgl. Egger, S. 153 ff. und dort zit. Literatur sowie Arioli, ASA 34, 81 ff.

4) BGE 98 Ib 323 mit Verweisen.

5. Die Gewinnverschiebung bei juristischen Personen

Jede Gesellschaft besitzt weitgehende Freiheiten bei der Gestaltung ihrer Beziehungen zu wirtschaftlich abhängigen Steuersubjekten: So beispielsweise zu den Tochter- und Beteiligungsgesellschaften, zu den Aktionären bei Familien- und Einmanngesellschaften. Bei den hier nicht zu berücksichtigenden Personengesellschaften und Einzelfirmen zwischen Eltern und Kindern. "Eine wirtschaftlich vertretbare und vernünftig erscheinende Regelung muss auch steuerrechtlich anerkannt werden, ... Nur ist zu beachten, dass ... der steuerliche Interessenkonflikt zwischen den Vertragsparteien auch dann auftritt, wenn sie wirtschaftlich identisch sind und mit sich selbst abschliessen".[1] Dies ist namentlich bei verbundenen Aktiengesellschaften, die miteinander kontrahieren, der Fall. Wenn die Besteuerung deshalb nicht in das willkürliche Belieben der Steuerpflichtigen gestellt werden soll, müssen die Gewinnverschiebungen den

---

1) vgl. Borkowsky, Steuerliche Unternehmungspolitik, S. 327

offenen Gewinnausschüttungen gleichgestellt werden. Dies ist nicht bloss ein Gebot der Steuergerechtigkeit, sondern geschieht namentlich bei verbundenen Aktiengesellschaften auch im Interesse möglicher ungebundener Minderheitsaktionäre. Diese treten als private Kapitalgeber auf und sind primär an einer hohen Dividendenausschüttung interessiert. Jede Gewinnverschiebung beim Kontrahieren mit verbundenen Partnern, an denen sie als ungebundene Minderheit nicht beteiligt sind, bedeutet für sie nicht bloss eine Gewinnverschiebung, sondern einen Gewinnentzug. Hieraus erhellt, dass die Lage freier Minderheiten bei verbundenen Unternehmen gleich jener des Fiskus ist.

Da Steuerrecht und Sprachgebrauch den Begriff der Gewinnverschiebung nur bei Körperschaften, insbesondere bei Kapitalgesellschaften anwenden, soll auch im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen der Begriff nicht weiter gezogen werden. Es ist zudem naheliegend, dass die Gewinnverschiebungen nicht bei Publikums-, sondern nur bei personenbezogenen Gesellschaften und verbundenen Unternehmungen sowie im Konzernverhältnis von Bedeutung sind.[1)]

---

1) vgl. Schärrer, ASA 43, 292 ff.

5.1 Bei Kapitalgesellschaften

a) bei der Aktiengesellschaft (AG)

Die Gewinnverschiebungen sind in erster Linie eine Erscheinung der Aktiengesellschaften und erklären sich aus dem Nebeneinanderbestehen von Gesellschaft und Aktionär, können doch letztere Rechtsgeschäfte mit ihrer Gesellschaft abschliessen, die den Gewinn der AG möglichst schmälern. Der Kreis der Empfänger beschränkt sich jedoch nicht nur auf die Aktionäre als physische Personen, sondern auch juristische Personen kommen als solche in Frage. Hierzulande finden sich zudem wegen der häufigen Beteiligung öffentlich-rechtlicher Körperschaften auch solche als Veranlasser und Empfänger von Gewinnverschiebungen.

b) bei der Kommanditaktiengesellschaft (KommAG)

Die Kommandit-AG ist im schweizerischen Recht als Abart der AG gedacht, nicht etwa - wie im deutschen Recht - als modifizierte Kommanditgesellschaft.

Deshalb kann im Zusammenhang mit Gewinnverschiebungen grundsätzlich auf die Ausführungen bei der Aktiengesellschaft verwiesen werden. Dies um so mehr als diese Gesellschaftsform in der Schweiz heute praktisch ausgestorben ist.[1)]

c) bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)[2)]

Das Gesetz (OR 772 III) verlangt für die GmbH eine wirtschaftliche Zielsetzung, mit anderen Worten das Streben nach "einem ökonomischen Vorteil ... zugunsten ihrer Mitglieder".[3)] Dieser geldwerte Nutzen wird dann in Form von Gewinnanteilen den einzelnen Gesellschaftern ausgeschüttet (OR 804). Aehnlich wie bei der AG sind indes auch hier, als Folge des Nebeneinanderbestehens von Gesellschaft und Gesellschaftern, Gewinnverschiebungen auf dem Wege besonderer Liefer- und Abnahmeverträge denkbar.

---

1) Zur Zeit existieren noch ganze drei Gesellschaften dieser Rechtsform.

2) Die GmbH konnte in der Schweiz, im Gegensatz zu Deutschland, wo sie das ergiebigste Feld für die Anwendung der Gewinnverschiebung geworden ist, nur schlecht Fuss fassen.

3) Meier-Hayoz/Forstmoser, S. 91

5.2 Bei Genossenschaften

Das Problem der Gewinnverschiebung zeigt sich vor allem bei den sog. Verwertungsgenossenschaften. So etwa dann, wenn die aus dem Erlös an die Genossenschafter ausgerichtete Entschädigung den Marktwert der gelieferten Ware übersteigt und die Ueberbezahlung für die Organe der Genossenschaft erkennbar war.[1)]

5.3 Bei verbundenen Unternehmen

a) im Allgemeinen

Es gehört zum Wesen der verbundenen Unternehmen, dass die einzelnen Gesellschaften untereinander Dienstleistungen bzw. Warenlieferungen erbringen oder empfangen. Die Fälle, die hier auftreten können, sind unübersehbar. Dabei werden die Verrechnungspreise in einem gewissen Sinne stets nicht nur nach objektiven Masstäben, und zwar weil diese sehr oft fehlen, festgelegt. Sie bilden deshalb immer häufiger Gegenstand steuerlicher Ueberprüfung, weil doch die Möglichkeit besteht, dass Bedin-

---

1) ASA 31, 487

gungen vereinbart werden, die nicht dem entsprechen, was unter Dritten üblich wäre.

b) im interkantonalen und internationalen Verhältnis

Zahlreich sind die Fälle wo bei verbundenen Unternehmungen die Abnehmergesellschaft einer anderen Steuerhoheit untersteht und wo wegen des Bestehens eines Steuergefälles oder aus anderen Gründen versucht wird, Gegenstände des Gesellschaftsvermögens zu ungenügenden Preisen von einer Gesellschaft zur andern zu verschieben.

c) im Konzernverhältnis

"Die konzerninternen Lieferungen und Leistungen spielen vor allem bei vertikal aufgebauten Konzernen, die Unternehmungen verschiedener Produktionsstufe umschliessen, eine sehr grosse Rolle. So liefert eine Konzerngesellschaft an die andere Rohstoffe, Hilfsstoffe, Handelswaren, selbst hergestellte Anlagen, Halb- oder Fertigfabrikate. In solchen Fällen entsteht die wichtige Frage, zu welchen Preisen diese gegenseitigen Liefe-

rungen und Leistungen unter den Konzernmitgliedern zu verrechnen sind. Die Konzernleitung hat es nämlich in der Hand, durch eine entsprechende Preisstellung für interne Lieferungen Gewinnverschiebungen vorzunehmen".[1] Solche werden nicht zuletzt dort erfolgen, wo es um die Ausnützung des Gefälles in der Steuerbelastung oder um Verlustausgleich geht.

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit interessiert im folgenden insbesondere das Problem der Gewinnverschiebung bei verbundenen bzw. konzernmässig organisierten Unternehmungen.

---

1) Blumer/Graf, S. 281

6. Motive der Gewinnverschiebung

Anzunehmen, Gewinne "verschieben" zu wollen, sei primäres oder auch nur gewichtiges Ziel der Unternehmungspolitik, wäre Illusion. Nachfolgend soll dennoch, zum besseren Verständnis der Problematik, kurz auf mögliche Beweggründe der Gewinnverschiebung hingewiesen werden, ohne jedoch Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben.

a) steuerliche Erwägungen

Für den Steuerpflichtigen sind die Steuern ein Kostenfaktor. Ob Lohnverdiener oder Unternehmer, beide wünschen sich eine möglichst geringe Steuerbelastung. Der Versuch, diese so niedrig wie möglich zu gestalten, kann den Gesellschafter beziehungsweise die Gesellschaft zu den verschiedenartigsten Entscheidungen bewegen; denn der Gewinn ist grundsätzlich lenkbar und wird deshalb, wenn immer möglich, dorthin gelenkt, wo sein Erscheinen die geringste steuerliche Belastung verursacht.[1)]

---

1) Besteht ein steuerliches Gefälle, so wird versucht, den Gewinn dorthin zu lenken, wo eine niedrigere Steuerbelastung besteht. Wenn anderseits eine Gesellschaft mit Verlust arbeitet, ist es vorteilhaft, zur Kompensation Gewinn in dieses Unternehmen zu verschieben, der dann steuerfrei bleibt. Dennoch ist festzuhalten, dass steuerliche Erwägungen letztlich bei der unternehmerischen Planung in den meisten Fällen nur subsidiäre Bedeutung zugemessen werden kann.

So sind die Kapital- und insbesondere die Aktiengesellschaften stets bestrebt, der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung, die im Falle verbundener Unternehmungen zu einer drei- oder gar mehrfachen Belastung werden kann, weitmöglichst zu entgehen. Diesem Ziel näher zu kommen, sollen, bei Unternehmen mit gleichen Beteiligten, Massnahmen verhelfen wie die Veräusserung von Gegenständen des Gesellschaftsvermögens zu ungenügenden Preisen, weil der Erwerber eben ein Beteiligter oder zumindest eine diesem nahestehende Person ist.

b) konkurrenzpolitische Erwägungen

Die Angst, die Konkurrenz möge einer Aktiengesellschaft durch die zu veröffentlichenden Jahresbeschlüsse "zu sehr in die Karten blicken", kann insbesondere verbundene Unternehmen dazu bewegen, untereinander Lieferungs- und Abnahmeverträge abzuschliessen, die von den marktüblichen Preisvereinbarungen abweichen. Damit sollen die buchmässig ausgewiesenen Einnahmen sowie der Gewinn auf die erwünschte Höhe gebracht werden.

c) preispolitische Erwägungen

Lieferungs- und Abnahmeverträge zu nicht marktüblichen Verrechnungspreisen zwischen verbundenen bzw. konzernmässig organisierten Gesellschaften können auch preispolitisch bedingt sein. Tiefe Verrechnungspreise bewirken nämlich niedere Kosten bei der Abnehmergesellschaft und dementsprechend grösser ist deren Freiheit in der Gestaltung der Preise der Endprodukte bzw. Endleistungen. Dieser Spielraum ist erfahrungsgemäss stets dort am grössten, wo kein freier Wettbewerb besteht und die ganze Branche monopolisiert ist.

d) Dividendenpolitik

Gewinnverschiebungen können auch als Instrument der Dividendenpolitik dienen, bewirken sie doch bei der verschiebenden Gesellschaft eine Verminderung des Reingewinnes in der Jahresrechnung. Und da die Dividende sich in erster Linie nach der Höhe des errechneten Gewinnes richtet, ist es ein Leichtes sie durch entsprechende Gewinnverschiebungen zu steuern.

7. Die Voraussetzungen einer Gewinnverschiebung

Da es sich bei der Gewinnverschiebung um einen besonderen Anwendungsfall der verdeckten Gewinnausschüttung handelt (vgl. S. 9 f), gelten die Voraussetzungen für die steuerliche Erfassung einer verdeckten Gewinnausschüttung analog auch für die Gewinnverschiebung. Es müssen demnach folgende drei Voraussetzungen gegeben sein:[1)]

- in objektiver Hinsicht:

  Die Zuwendung von Vorteilen muss begründet sein:

  a) im Gesellschaftsverhältnis, d.h. sie würde einer gesellschaftsfremden Person gegenüber nicht erfolgen

     oder

  b) in der Tatsache, dass der in den Genuss des Vorteils gelangende Nichtgesellschafter ein dem Gesellschafter nahestehender Dritter ist. 2)

---

1) vgl. M. Imboden, ASA 31 , 181; Blumer/Graf, S. 402 sowie BGE 82 I 291/92 = ASA 25, 437

2) Darum ist i.d.R. der Tatbestand der Gewinnverschiebung nicht verwirklicht, wenn Nichtgesellschafter dieselben Vorteile erhalten. Dieser Grundsatz vermag aber im Einzelfall da durchbrochen werden, wo zu erkennen ist, dass die Gesellschaft mit Nichtgesellschaftern lediglich deshalb Nachteile in Kauf nimmt, um die den Gesellschaftern zugewendeten Vorteile nicht als Gewinnverschiebung erscheinen zu lassen. Zum Begriff des nahestehenden Dritten vgl. BGE vom 8. Mai 1957 i.S. S.A. Officine del Gottardo c. Kant. Steuerrekurskommission des Kantons Tessin, publiziert in FDK-Sammlung der Bundesgerichtsentscheide in Doppelbesteuerungsfällen, Nr. 14, 1957

- in subjektiver Hinsicht:

  die Vorteilszuwendung muss bewusst erfolgen (Begünstigungsabsicht) und geschieht nicht im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Gewinnverteilung. Die Unternehmungsleitung muss sich jedoch der Gewinnverschiebung nicht bewusst sein, da die Leistungen der Gesellschaft von rein wirtschaftlicher Natur sind und es lediglich darum geht, ob diese Leistungen Gewinncharakter haben oder nicht.

- in tatsächlicher Hinsicht:

  Leistung und Gegenleistung sind im Vergleich zu fernstehenden Dritten nicht äquivalent, d.h. es muss ein wirtschaftliches Missverhältnis bestehen, die Unternehmung muss entreichert bzw. wirtschaftlich benachteiligt sein. 1)

Diese Formulierung enthält das Prinzip des "dealing at arm's length".[2] Danach hat sich der Geschäftsverkehr zwischen verbundenen Unternehmen in bezug auf das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung so zu gestalten, als wären die einzelnen Gesellschaften wirtschaftlich voneinander unabhängig.

---

1) vgl. Masshardt, S. 103 f. und 219 ff.; Schärrer, ASA 43, 292

2) das im amerikanischen Bundessteuerrecht seit über vierzig Jahren verankert ist.

Nicht erforderliche Voraussetzungen sind die Absicht der Steuereinsparung oder der Steuerumgehung.[1] Nicht massgebend ist auch, ob die Verschiebung auf einer Verpflichtung, beispielsweise vertragliche Vereinbarung, Statuten oder Gesellschaftsbeschluss beruht und damit zivilrechtlich zulässig und unanfechtbar ist.

Praktische Erwägungen können jedoch dazu führen, dass von der steuerlichen Erfassung der Gewinnverschiebung in gewissen Fällen abgesehen wird. So mag ein Verzicht dann naheliegen, wenn nach dem Gesetz die sog. wirtschaftliche Doppelbesteuerung ausgeschlossen oder stark eingeschränkt ist, wie beispielsweise durch Steuerverrechnung und Holdingabzüge. Dies jedoch nur solange als:

- der Empfänger der gleichen Steuerhoheit untersteht wie die verschiebende Gesellschaft;
- der Träger der Steuerhoheit am Unternehmen selber massgebend beteiligt ist.

Hingegen besteht ein reges Interesse an der Erfassung der Gewinnverschiebungen vor allem dort, wo das Gesetz - wie bei der Aktiengesellschaft - eine Doppelbesteuerung vorsieht sowie ferner, wenn der Empfänger der Leistung einer anderen Steuerhoheit untersteht.[2]

---

1) dies analog der verdeckten Gewinnausschüttung, vgl. etwa BGE 71 I 415 und 74 I 61

2) vgl. Widmer, ASA 20, 115

7.1 Die Vermutung einer Gewinnverschiebung

Das Vorliegen einer Gewinnverschiebung darf stets dann vermutet werden, wenn eine Leistung an einen Gesellschafter oder nahestehenden Dritten nicht mehr geschäftsmässig begründet werden kann. Dabei ist der Vergleich mit Leistungen an fernstehende Dritte wichtigstes Hilfsmittel, die Geschäftsmässigkeit zu ergründen.

In Anwendung der Gerichtspraxis zur verdeckten Gewinnausschüttung[1] ist nämlich eine Gewinnverschiebung stets dann anzunehmen, wenn eine Gesellschaft ihren Gesellschaftern oder diesen nahestehenden Personen Vorteile im Bewusstsein zuwendet, dass sie diese unter sonst völlig gleichen Bedingungen unbeteiligten Dritten nicht gewähren würde. Man stellt also zur Feststellung der Gewinnverschiebung Vergleiche an zwischen dem tatsächlich vorliegenden Rechtsgeschäft zwischen Gesellschaft und Gesellschafter oder einem nahestehenden Dritten und einem fiktiven Rechtsgeschäft, das als zwischen der Gesellschaft und einem fernstehenden Dritten geschlossen gedacht ist. Dabei ist zu beachten, dass der Gesellschafter weder besser noch schlechter zu behandeln ist als ein unbeteiligter Dritter.

---

1) vgl. etwa BGE 96 I 115; 95 I 174 = ASA 38, 450 = StR 26, 71; BGE 93 I 722 = ASA 37, 43; ASA 39, 447 und 36, 152 sowie 275; ZBl 69, 128; StR 22, 140; RDAF 24, 202; SAG 21, 220; 39, 101; 37, 46 und 35, 110

Pestalozzi[1] schreibt nun jedoch zu Recht, die "Methode der Vergleichung mit fiktiven Zuwendungen an Dritte ... hat zurückzutreten, wenn man auf anderen Wegen zum Schluss gelangt, dass Geschäftsmässigkeit vorliegt und dieser überzeugender scheint, als wenn mit Leistungen an Nichtgesellschafter verglichen wird." Die Fälle aber, wo eine Leistung, die einem unabhängigen Dritten nicht gewährt worden wäre, dennoch geschäftsmässig begründet sein kann, sind äusserst selten.[2] Denn eine jede unternehmerische Leistung ist nur so lange auch steuerlich geschäftsmässig begründet, als sie die Interessen der leistenden, juristisch

---

1) Pestalozzi, S. 56

2) Als Beispiel eines solchen Falles vgl. etwa bei Pestalozzi, S. 57: Die Tochtergesellschaft A einer Holding gewährt der Tochtergesellschaft B einen grösseren Kredit und zu einem niedrigeren Zinsfuss, als eine fernstehende Bank dies tun würde, weil sie auf Grund der Konzernverbindung genauere Kenntnis von all den Faktoren hat, welche die Kreditnehmerin beeinflussen, und gegebenenfalls schon vor Ausführung beabsichtigter, zu gewagter Dispositionen der Kreditnehmerin durch die Konzernverbindung eingreifen kann. Das Risiko reduziert sich für die Kreditgeberin. Der niedrigere Zinsfuss und der grössere Kredit sind geschäftsmässig begründet.
Das Beispiel hingegen, dass beim Verkauf von Waren zu Preisen die aus einem geschäftsmässigen Grunde (Ausverkauf, Occasionen usw.) reduziert werden müssen, in erster Linie die Gesellschafter berücksichtigt werden und den fernstehenden Kunden erst angeboten werden, wenn die Gesellschafter kein Interesse mehr zeigen, hinkt insofern, als in den Genuss der reduzierten Preise eben gerade auch unabhängige Dritte kommen. Mit anderen Worten, die Gesellschaft ist bereit dieselbe Leistung auch fernstehenden Dritten zu gewähren.

selbständigen Gesellschaft und nicht bloss des Gesamtunternehmens bestmöglichst berücksichtigt. Diese Einschränkung ist notwendig, ansonsten namentlich zwischen interkantonal und international verbundenen Unternehmungen Unterpreislieferungen sowie nicht marktübliche Preisabmachungen zum Nachteil des Fiskus der leistenden Gesellschaft unberücksichtigt bleiben würden.

7.2 Die Ermittlung der Gewinnverschiebung

Die Ermittlung der Gewinnverschiebungen beruhte bis anhin ganz allgemein in hohem Masse auf Ermessen, das sich namentlich auf die Rechtsgrundsätze der Steuerumgehung und der verdeckten Gewinnausschüttung stützt.[1] Die betragsmässige Bereinigung der Gewinnverschiebung erfolgt denn auch vielfach in mühsamen Verhandlungen zwischen dem Steuerpflichtigen und der Steuerbehörde bzw. dem Veranlagungsbeamten. Die Bewertung des geldwerten Vorteils bereitet nämlich vor allem dort besondere Schwierigkeiten, wo es um gegenseitige und weniger wo es um einseitige Leistungen geht. Und da die Frage, ob der Verzicht auf eine Einnahme, von der Gesellschaft aus gesehen, geschäftlich begründet ist oder ob es sich um

---

1) vgl. Schmid, S. 192 f.

eine Gewinnverschiebung handelt, von der Steuerbehörde abzuklären ist, zeigt vor welchen Schwierigkeiten der Fiskus hier steht, denn nicht immer ist es leicht ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung aufzuzeigen. Gelingt dies jedoch, so ist es Sache der Gesellschaft, die begründete Vermutung zu entkräften und den Nachweis zu erbringen, dass es sich um eine geschäftsmässige Leistung handelt.[1] Die bewusste Vorteilszuwendung hat die Behörde anderseits nicht zu beweisen, sondern darf vorausgesetzt werden.[2]

---

1) vgl. BGE vom 15.6.1973 in ASA 43, 53

2) vgl. Reimann/Zuppinger/Schärrer, Bd. 3 § 45 StG, N 84 S. 141

8. Die steuerliche Behandlung der Gewinnverschiebungen

a) bei der Gesellschaft

Gewinnverschiebungen sind zum ausgewiesenen Saldo derjenigen Erfolgsrechnung hinzuzurechnen, der sie nicht gutgeschrieben worden sind. [1] Die steuerliche Erfassung der Gewinnverschiebungen, d.h. die der Gewinn- und Verlustrechnung nicht gutgeschriebenen Einkünfte, ist in einigen kantonalen Steuerordnungen[2] unter dem Begriff der Gewinnvorwegnahme und im Ko-Ko-Entwurf[3] speziell erwähnt, während sie bei der heutigen Wehrsteuer unter die Bestimmung über die Aufrechnung von Erträgen, welche der Erfolgsrechnung nicht gutgeschrieben worden sind, fällt (WStB Art. 49, Abs. 1 lit. b). Aber auch ohne ausdrückliche gesetzliche Vorschriften ist deren Aufrechnung möglich; denn rechtlich stützt sie sich in diesem Fall auf den Grundsatz der steuerlichen Erfassung unbegründeter Kürzungen von Erlösen.[4]

b) beim Aktionär

Die Gewinnverschiebung, als ein der Gesellschaft zustehender aber ihr nicht abgelieferter Ertrag, ist dem Aktionär steuerlich mit dem Zufluss anzurechnen. Dieses

---

1) vgl. Schärrer, S. 294 und dort zit. Literatur
2) z.B. ZH, SZ, SO, AI, GR, TG
3) Art. 87 Abs. 1 lit. c
4) vgl. Imboden, ASA 31, 179 und Blumer/Graf, S. 402

Zufliessen erfolgt spätestens mit der Genehmigung der Jahresrechnung durch die Generalversammlung.[1] Verzichtet die Unternehmung auf eine Leistung des Aktionärs, so wirkt sich die Vorteilszuwendung in Form eines "Nichtaufwandes" automatisch einkommens- oder ertragssteuerrechtlich aus.[2]

Selbstverständlich haben die Aktionäre die Vorteilszuwendungen zu deklarieren. Doch gerade für sie stellt deren wertmässige Ermittlung vielfach ein unlösbares Problem. Man denke nur etwa an den Versuch einer ziffernmässigen Erfassung einer Leistung für die es keinen Marktpreis gibt!

Gewinnverschiebungen an eine dem Aktionär nahestehende Person ist rechtlich und wirtschaftlich eine Gewinnausschüttung an den Aktionär, denn nur er ist gewinnanteilsberechtigt. Er muss sich steuerlich die Vorteilszuwendung an die nahestehende Person als Einkommen oder Ertrag anrechnen lassen. Bei der nahestehenden Person liegt im Falle einer einseitigen Leistung eine Schenkung vor, während im Falle einer Gegenleistung für eine dem Aktionär erbrachte Leistung, sie entsprechend zu behandeln ist.[3]

---

1) vgl. Reimann/Zuppinger/Schärrer, Bd. 2, § 19 StG, N 52 S. 208

2) vgl. Schärrer, ASA 43, 305

3) ebenda

ZWEITER TEIL: DIE GEWINNVERSCHIEBUNG BEI HYDRAULISCHEN PARTNERWERKEN

I. Der Begriff Partnerwerk

1. Im Allgemeinen

Känzig[1] definiert die Partnerwerke als Tochtergesellschaften von mehreren Unternehmungen zur möglichst billigen Material- oder Warenbeschaffung. Es sind m.a.W. Gesellschaften, die für ihnen nahestehende Unternehmen Aufgaben technischer oder wirtschaftlicher Natur besorgen. Ihnen kommt somit grundsätzlich die Funktion eines Hilfsunternehmens zu. Auffallend für diese im Dienste anderer Unternehmen stehenden Hilfsbetriebe sind die zahlreichen Formen finanzieller Beteiligung und Konzernierung[2] und die Tatsache, dass sie selber vielfach keinen zumindest aber keinen marktüblichen Gewinn erzielen wollen, sondern nahestehenden Unternehmungen wirtschaftliche Vorteile bieten.

2. In der Elektrizitätswirtschaft

Eine der zahlreichen Gemeinschaftsarten sind die Partnerwerke der Elektrizitätswirtschaft. Zum Zwecke der Erstellung und des Betriebs eines Kraftwerkes - Lauf — wie

---

1) Känzig, Wehrsteuer, S. 347

2) vgl. Saitzew, Partnerwerke, S. 46

Speicherwerk[1] - werden sie von mehreren Elektrizitätsgesellschaften, der sog. Partner, gegründet. Die Partner ihrerseits können sein Elektrizitätswerke, die der allgemeinen Stromversorgung dienen, oder Industriekraftwerke, die vorab für den eigenen Bedarf Strom erzeugen.

II. Wesen und Arten

Partnerwerk und Partner befinden sich direkt oder indirekt im Eigentum derselben Interessen oder werden von diesen direkt oder indirekt beherrscht. Auf dieser Grundlage erbringen oder empfangen die einzelnen Gesellschaften untereinander Dienstleistungen und Warenlieferungen.[2] Die Fälle, die hier auftreten können, sind äusserst zahlreich,und entsprechend häufig sind die Möglichkeiten zu Gewinnverlagerungen. Für den Fiskus wird das Ganze besonders dann zu einem Problem, wenn die einzelnen Partner unter verschiedene Steuerhoheiten fallen.

---

1) Die zweckmässige Kombination von Lauf- und Speicherkraftwerk erfolgt mit dem zweifachen Ziel:
   - aus unseren Gewässern möglichst viel konsumangepasste Energie zu gewinnen und
   - um die Gestehungskosten niedrig zu halten

2) Die Elektrizität wird im Rahmen dieser Arbeit als Ware behandelt.

Die Partnerwerke der Elektrizitätswirtschaft charakterisieren insbesondere folgende Merkmale:[1]

- Einkleidung in die Rechtsform der AG
- Zeichner des Aktienkapitals sind die Partner.
- Diese verpflichten sich in der Regel zum Bezug eines der Beteiligung entsprechenden Anteils an der produzierten Energie. 2)
- Es handelt sich um reine Produktionswerke, deren Aufgabe sich in der Herstellung von Energie erschöpft.
- Sie liefern Energie ausschliesslich oder wenigstens überwiegend an ihre Partner sowie an nahestehende Dritte, normalerweise nicht aber an unabhängige Dritte. 3)
- Die Gesellschafter bezahlen für die bezogene Energie nicht einen bestimmten Marktpreis, sondern verpflichten sich in der Regel im Verhältnis des gezeichneten Aktienkapitals die Jahreskosten zu übernehmen. Die Partnerwerke sind m.a.W. nicht gewinnstrebig.
- Hat ein Partner für einen Teil der ihm zustehenden Energie keine Verwendung, so kann er diesen an einen anderen Partner, eventuell an eine ihm nahestehende Gesellschaft abtreten. Es handelt sich dabei aber stets um eine Transaktion zwischen Partnern und nicht zwischen Partner und Partnerwerk, das durch den Energieabtausch nicht berührt wird.

Hieraus erhellt, dass die Partnerwerke der Elektrizitätswirtschaft - als reine Produktionswerke - die von ihnen

---

1) vgl. Saitzew, Partnerwerke, S. 13 ff.; ASA 25, 438 = BGE 82 I 293 f

2) Mit den als Konzedenten für die Wassernutzung Beteiligten wird in der Regel eine Sonderabmachung in dem Sinne getroffen, dass sich die übrigen Aktionäre (sprich Partner) zur Uebernahme der nach Massgabe der Beteiligungsquoten durch erstere zu tragenden Jahreskosten für den Zeitraum und in dem Ausmass verpflichten, in dem die öffentlichen Körperschaften auf die Ausübung des Energiebezugsrechtes verzichten.

3) Eine Ausnahme bildet u.a. die Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG (EGL). Ihr Tätigkeitsfeld umfasst die Erzeugung, die Beschaffung und den Austausch elektrischer Energie, sowie die Belieferung verschiedenster Abnehmer im In- und Ausland.

produzierte Energie nicht an Dritte mit Gewinn oder Verlust weiterverkaufen, wie dies bei einem marktmässigen Verhalten der Fall wäre, sondern sozusagen ausschliesslich den Gesellschaftern zu einem Betrag abgeben, welcher sich jeglicher marktmässigen Preisbildung entzieht. Es sind mit anderen Worten auf "Diät" gestellte Gesellschaften.

1. Reine Partnerwerke

Darunter sind Gemeinschaftsunternehmungen zu verstehen an denen lediglich Energieabhnehmer beteiligt sind.[1] Sie bezwecken möglichst billigen Strom zu erzeugen und den Beteiligten zur Verfügung zu stellen. Jeder der beteiligten Partner, ob Mehrheits- oder Minderheitsaktionär, kann dabei nach Massgabe seiner finanaziellen Beteiligung Strom beziehen. Keiner der Partner braucht deshalb an einer unmittelbaren Rendite des Produktionsunternehmens interessiert zu sein, denn je billiger sie die elektrische Energie beziehen, um so grösser ist der Gewinn auf dem von ihnen als Energiehändler verkauften Strom.

2. Partnerwerke mit fremden Geldgebern

Hier sind neben den Energie abnehmenden Partnern auch Dritte, die keinen Strom beziehen, finanziell beteiligt.[2]

---

1) Beispiele: Etzelwerk AG, Kraftwerke Oberhasli, AG Kraftwerk Wäggital

2) Beispielsweise: AG Bündner Kraftwerke

Als nicht Strom beziehende Minderheitsgesellschafter sind sie an einer unmittelbaren Rendite und deshalb auch an einer Führung des juristisch selbständigen Produktionswerkes nach kaufmännischen Grundsätzen interessiert, während dies die Strom beziehenden Partner eben nicht zu sein brauchen.

III. Gewinnstrebige und nicht gewinnstrebige Unternehmungen

Die AG als Kapitalgesellschaft gehört zu den Erwerbsgesellschaften, demnach zu jenen Unternehmungen, die ihre Geschäfte regelmässig in der Absicht, einen Gewinn zu erzielen, tätigen. Sie handeln mit anderen Worten grundsätzlich gewinnstrebig.[1)]

Das Gewinnstreben ist indes nicht das einzige Motiv, "welches Menschen zur Gründung und Führung von Unternehmungen oder zur Beteiligung an solchen veranlasst".[2)] Gesellschaften, die nicht in erster Linie der Gewinnerzielung dienen, sind zwar nicht die Regel, erfreuen sich aber gleichwohl einer zunehmenden Verbreitung.[3)]

Das steuerliche Problem der nicht gewinnstrebigen Unternehmung stellt sich nur bei den juristischen Personen (Aktiengesellschaften oder Genossenschaften), die im Interesse ihrer Mit-

---

1) vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz, S. 127

2) Ulrich, S. 9

3) vgl. BGE 96 I 569 E3c

glieder auf die Erzielung eines höheren Gewinnes verzichten. "Wo aber eine Einzelunternehmung ... auf die Erzielung von Einkommen verzichtet ..., hat sich die Steuerordnung mit dieser Erscheinung und dem durch sie bewirkten Ausfall abzufinden. Im anderen Fall würde sie neue Ungleichheiten schaffen. Sie würde denjenigen, der auf die Erzielung selbständigen Erwerbseinkommens verzichtet, gegenteilig behandeln als denjenigen, der die Möglichkeit zur Erzielung einer anderen Einkommensart nicht ausnützt."[1)]

1. Die Unterscheidung

Hinweise auf das Vorliegen einer nicht gewinnstrebigen Unternehmung können u.a. entnommen werden aus:

- der Rechtsform der gewählten Unternehmung
- den Beteiligungsverhältnissen
- dem Zweck der Gesellschaft
- der Natur des Unternehmens [2)]
- der Unternehmungspolitik
- den Lieferungs- und Abnahmeverträgen
- den Verrechnungspreisen.

Entscheidend für das Vorliegen einer gewinnstrebigen Unternehmung ist aber letztlich der Wille zum Gewinn. Wenn nun Müller[3)] fordert, festzulegen "welchen steuermässig rele-

---

1) Expertenkommission Piller, S. 90

2) Denn je nachdem kann Zwang zu Gewinn gegeben sein.

3) P.A. Müller, S. 28

vanten Gewinn ein Unternehmen auszuweisen habe, um als gewinnstrebig gelten zu können", dann ist ihm entgegenzuhalten, dass nicht der Gewinn an sich, sondern der Wille zu einer marktmässigen Gewinnerzielung, als subjektives Moment, zu quantifizieren ist. Entscheidend ist nämlich, ob die Gesellschaft auch denselben Willen oder Unwillen zum Gewinn gezeigt hätte, wenn die Gegenkontrahenten unbeteiligte Dritte gewesen wären. Als nicht gewinnstrebig wird eine Unternehmung demzufolge stets dann zu gelten haben, wenn Warenlieferungen oder Dienstleistungen an Beteiligte oder der Unternehmung nahestehende Dritte zu Konditionen erfolgen, in deren Genuss unbeteiligte Dritte niemals gelangen würden.

2. Abgrenzung zur nicht gewinnfähigen Unternehmung

Die nicht gewinnstrebige Unternehmung, die an sich Ertrag zu erzielen vermöchte, befindet sich "in einer grundsätzlich anderen Situation als der Betrieb, der infolge der wirtschaftlichen Gesamtlage nicht gewinnfähig ist".[1)]

Der nicht gewinnfähigen Unternehmung fehlen grundsätzlich die Voraussetzungen zur Ertragserzielung. Sie ver-

---

1) Expertenkommission Piller, S. 89

zichtet mit anderen Worten nicht im Interesse ihrer Mitglieder auf die Erzielung eines Gewinnes, sondern ihr fehlt die Fähigkeit, einen solchen überhaupt zu realisieren. Es versteht sich demnach von selbst, dass beim nicht gewinnfähigen Betrieb auch keine Gewinnverschiebungen vorkommen können. Anderseits führt gerade das fehlende Gewinnstreben bei der nicht gewinnstrebigen aber gewinnfähigen Unternehmung meistens zum Tatbestand der Gewinnverschiebung.

3. Die Partnerwerke der Elektrizitätswirtschaft als nicht gewinnstrebige Unternehmen

Die Partnerwerke der Elektrowirtschaft treten ihren Partnern den von ihnen erzeugten Strom zu den Selbstkosten ab. Eine Verzinsung des Aktienkapitals erfolgt durch Ausschüttung einer fixen Dividende. Ueber eine gewisse Reservebildung und Selbstfinanzierung hinaus sind Ueberschüsse nicht beabsichtigt. Es sind demzufolge Gesellschaften, die bei guten oder gar hohen Umsätzen wenig oder überhaupt keinen Reingewinn erzielen. Mit anderen Worten, der Endzweck dieser Gesellschaften besteht nicht in der gewinnstrebigen Verfolgung wirtschaftlicher Ziele, sondern erschöpft sich in der Herstellung preisgünstiger Energie für die Partner.

Die Partnerwerke der Elektrizitätswirtschaft verzichten demnach zu Gunsten der sie beherrschenden Gesellschafter auf eine ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit entsprechenden Gewinnerzielung. Damit steht aber anderseits fest, dass das Unternehmen in seiner Gesamtheit sich doch absolut gewinnstrebig verhält,[1] sodass es betriebswirtschaftlich ohne weiteres möglich sein muss, die den einzelnen Werken zustehenden Gewinne zu ermitteln.

a) Charakteristik der nicht gewinnstrebigen Unternehmung

Charakteristisch für die nicht gewinnstrebigen Unternehmen ist die Tatsache, dass wir es mit Gesellschaften zu tun haben, die im Grunde genommen einen marktüblichen Gewinn erzielen könnten, aber "in Verfolgung anderer wirtschaftlicher Zwecke auf die Ertragserzielung verzichten".[2] Aehnlich das BGer, das in ihnen Unternehmungen sieht, "die als juristische Personen (Aktiengesellschaften oder Genossenschaften) organisiert sind und aus bestimmten Gründen ihre Ertragsfähigkeit nicht voll ausschöpfen".[3] "Es liegt eine gewissermassen

---

1) vgl. auch Borkowsky, Finanzarchiv NF, Bd. 16, 1955/56 Heft 3, S. 449

2) Expertenkommission Piller, S. 88

3) BGE 96 I 569 E3c

gewollt nicht ausgeschöpfte Ertragspotenz ... vor".[1] Nicht gewinnstrebig sind jedoch nicht bloss Unternehmungen, die auf jeglichen Gewinn verzichten, "sondern auch die Unternehmen, die nur in der Tendenz nicht gewinnstrebig sind".[2]

Ein weiteres Merkmal dieser Unternehmungen ist das Vorhandensein eines im Verhältnis zu den Aktiven sehr kleinen Eigenkapitals.[3]

b) Arten nicht gewinnstrebiger Unternehmungen

Das Bundesgericht unterscheidet zwei Gruppen nicht gewinnstrebiger Gesellschaften:[4]

erstens: Unternehmungen, die zugunsten bestimmbarer Dritter, nämlich der sie beherrschenden Aktionäre oder Genossenschafter, auf die Erzielung eines höheren Gewinnes verzichten;

zweitens: Gesellschaften, die nicht nur zugunsten ihrer Mitglieder oder bestimmbarer Drittpersonen auf die Erzielung eines höheren Gewinns verzichten, sondern dies zu Gunsten der Allgemeinheit schlechthin tun.

Bei der ersten Gruppe kann der Begünstigte oft ein Einzelner oder können es einige wenige sein, wie etwa

---

1) Expertenkommission Piller, S. 89

2) P.A. Müller, S. 145

3) vgl. BGE 96 I 569 E3c; Expertenkommission Piller, S. 88

4) BGE 96 I 569f. E3c

bei den Partnerwerken der Elektrizitätswirtschaft. In anderen Fällen ist der Kreis der Begünstigten grösser, beispielsweise bei Wohnbau-, Einkaufs- und kleineren Konsumgenossenschaften. Zur zweiten Gruppe sind vor allem die grossen Konsumgenossenschaften zu zählen.

Diese Unterscheidung ist insofern von Bedeutung, als in den Fällen der ersten Gruppe sich die Höhe des Ertrages, auf den das Unternehmen zugunsten der Dritten verzichtet, annähernd schätzen lässt[1] und somit unter Umständen als Gewinnverschiebung oder verdeckte Gewinnausschüttung besteuert werden könnte. Diese Möglichkeit entfällt bei der zweiten Gruppe.

---

1) vgl. BGE 96 I 569f. E3c

IV. Motive der Gründung rechtlich selbständiger Produktionswerke in der Elektrizitätswirtschaft

Die Frage nach den Gründen, die einzeln und in ihrem Zusammenwirken zur Gründung von Partnerwerken führen, ist für das Verständnis der vorliegenden Arbeit zweifellos von Bedeutung. Die nachstehende Aufzählung erhebt indes kein Anspruch auf Vollständigkeit, sondern begnügt sich mit dem Festhalten der wichtigsten Motive.

1. Risikoausgleich

Dank der Einkleidung der Partnerwerke in die Rechtsform der rechtlich selbständigen Aktiengesellschaft, haftet für die Verbindlichkeiten des Produktionswerkes allein dessen Geschäftsvermögen, während anderseits durch die Beteiligung verschiedener Partner an der Gründung und am Betrieb des Werkes, das Unternehmerrisiko für den Einzelnen erheblich gemindert wird.

2. Finanzierungsvorteile

Die Partner können sich ihr Fremdkapital leichter beschaffen als das isoliert stehende Produktionswerk. Anderseits können die Partnerwerke selbständige Kredite aufnehmen und Anleihen ausgeben. Damit ist eine Verbreitung der Finanzierungsgrundlagen gegeben.[1)]

---

1) vgl. Saitzew, Partnerwerke, S. 51 ff.

3. Organisatorische und wirtschaftliche Vorteile

Für die Aufteilung eines sogenannten "gemischten" Unternehmens in reine Produktionsgesellschaften und reine Vertriebsgesellschaften sprechen in der Regel auch organisatorische und wirtschaftliche Gründe, welche zur Ausscheidung und Verselbständigung der Betriebe Anlass geben. In der Elektrizitätswirtschaft ist vor allem auch die Schaffung von vorteilhaften Werkkombinationen und die damit verbundene Möglichkeit einer den individuellen Bedarfsverhältnissen angemessenen Partizipation der einzelnen Elektrizitätsunternehmungen an der Ausnützung energiereicher Gewässerstrecken von Bedeutung.

4. Erhöhung der Disponibilität in der Energieversorgung

Bei hydroelektrischen Werken kann bekanntlich - im Gegensatz zu thermischen Elektrizitätswerken - die Grösse der Energieproduktion je nach Verlauf der Wasserabflüsse sehr unterschiedlich sein. Und da es der Technik bis heute noch nicht gelungen ist, grössere Mengen elektrischer Energie aufzuspeichern, bildete der Wunsch, die bessere Anpassung des Energieanfalles an den Bedarf der Partner "ein wesentliches Motiv der Gründung von Partnerwerken".[1)]

---

1) Saitzew, Partnerwerke, S. 56

V. Folgen der Gründung rechtlich selbständiger Produktionswerke in der Elektrizitätswirtschaft

1. Gewinnverlagerungsmöglichkeit

Ganz offensichtlich eignen sich gewollte Abhängigkeitsverhältnisse verbundener Unternehmungen, deren Partner rechtlich selbständige Gesellschaften verkörpern, im besonderen Masse dazu, Gewinne dort auszuweisen, wo dies erwünscht ist. Diese Möglichkeit besteht namentlich auch bei den Partnerwerken der Elektrizitätswirtschaft.[1)]

2. Möglichkeit zu unzulässigen Steuereinsparungen am Produktionsort

Saitzew[2)] bestreitet wohl zu Recht das Vorliegen einer Steuereinsparungsabsicht bei der Gründung von rechtlich selbständigen hydraulischen Partnerwerken. Er beruft sich dabei auf das Wesen dieser Unternehmen, die u.a. "Energie nur an die Partner liefern"[3)] und da für die bezogene Energie kein Preis im strengen Sinne des Wortes bezahlt wird. Dadurch falle "bei Partnerwerken zum vorneherein auch die Möglichkeit fort, den Energiepreis zu "manipulieren" und auf diese Weise die Gewinn- und

---

1) vgl. P.A. Müller, S. 149

2) Saitzew, Partnerwerke, S. 47 f.

3) Was wohl in der Hauptsache zutrifft, nicht aber ausschliesslich der Fall ist.

Verlustrechnung der Muttergesellschaft wie der Tochtergesellschaft zu beeinflussen". Dabei wird jedoch übersehen, dass nicht zuletzt wegen der Abgabe der Energie zu den Gestehungskosten die Jahresrechnungen der Partner einerseits und der Produktionswerke anderseits "manipuliert" sind, denn sie sind dadurch besonders "allen Einflüssen entzogen, die wirksam wären, wenn die Produktion am Elektrizitätsmarkt abgesetzt werden müsste."[1)]

Wenn demnach mit der Gründung der Partnerwerke der Elektrizitätswirtschaft in Form der rechtlich selbständigen Aktiengesellschaft grundsätzlich auch keine Steuereinsparung beabsichtigt wird, muss anderseits festgestellt werden, dass durch die Ausgestaltung besonderer Lieferungs- und Abnahmeverträge allenfalls eine Gewinnverschiebung eintritt, die zu einer Steuereinsparung am Produktionsort und deshalb zu einer offensichtlichen Benachteiligung des betreffenden Fiskus führen kann.[2)]

---

1) ASA 25, 438 bzw. BGE 82 I 294

2) vgl. auch Borkowsky, Steuerliche Unternehmungspolitik, S. 232 f.

VI. Die steuerrechtliche Selbständigkeit der Partnerwerke

Das Steuerrecht folgt grundsätzlich der zivilrechtlichen Betrachtung, dass eine Kapitalgesellschaft eine von ihren Gesellschaftern losgelöste Rechtspersönlichkeit ist und deshalb zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern Rechtsbeziehungen jeder Art begründet werden können. Einschränkungen bestehen lediglich darin, dass weder eine Gewinnvorwegnahme noch verdeckte Gewinnausschüttungen oder Gewinnverschiebungen bezweckt werden oder die Folge sein dürfen.

Die Produktionswerke in der Elektrowirtschaft werden in die zivilrechtliche Form der Aktiengesellschaft gekleidet und stellen somit selbständige Rechtssubjekte dar. Aber auch wenn die juristische Ausgliederung der Partnerwerke unter dem Gesichtspunkt des Zivilrechts als gültig und wirksam erscheint, wäre es möglich und denkbar, dass die Steuerbehörde wegen vollständiger wirtschaftlicher Beherrschung des Produktionsunternehmens durch die Partner, ersteren die steuerrechtliche Eigenpersönlichkeit absprechen würde.

Im Allgemeinen wird jedoch im Steuerrecht einer Aktiengesellschaft die juristische Persönlichkeit selten aberkannt. Bei verbundenen Unternehmen besteht nämlich in der

Regel für die Veranlagungsbehörde die Möglichkeit, den Geschäftsgang zwischen den einzelnen Gesellschaften oder ihren Partnern auf die geschäftsmässige Begründetheit zu überprüfen.

1. Die steuerrechtliche Nichtanerkennung im innerkantonalen Steuerrecht

a) wegen Steuerumgehung

Lediglich drei Kantone (GR, SH u. ZH) verweigern ausdrücklich die Anerkennung juristischer Personen, deren Gründung oder Bestand lediglich der Steuerumgehung dient.[1)]

b) wegen Steuerverschiebung

Die Kantone ZH und SH lehnen die steuerrechtliche Selbständigkeit von juristischen Personen auch dann ab, wenn diese zum Zweck der Steuerverschiebung gegründet oder betrieben werden.[2)]

In den übrigen Kantonen findet sich bis heute noch keine Regelung dieses Problems. Für das Ausserachtlassen zivilrechtlicher Begriffe und Rechtsgestaltungen im innerkanto-

---

1) GR 2 III; SH 43; ZH 44

2) SH 43; ZH 44 mit dem Wortlaut: "Juristische Personen, deren Gründung oder Bestand lediglich der Steuerumgehung oder Steuerverschiebung dient, haben keinen Anspruch auf steuer-

nalen Verhältnis gilt die wirtschaftliche Betrachtungsweise[1] und die Kantone sind im Rahmen von Art. 4 BV (Willkürverbot) frei.

2. Die steuerrechtliche Nichtanerkennung im interkantonalen Steuerrecht

Eine Nichtanerkennung rechtlich selbständiger Gesellschaften ist im interkantonalen Steuerrecht nur zulässig, wenn die juristische Person lediglich zum Zwecke der Steuerumgehung gegründet worden ist.[2]

Die Frage der steuerrechtlichen Anerkennung könnte indes auch offen gelassen werden, denn es erweist sich im Normalfall nicht als notwendig, wenn sich zwischen zwei Gesellschaften - bei denen die eine in völliger wirt-

---

liche Anerkennung; ihre Einkünfte und Vermögenswerte können demjenigen Steuerpflichtigen zugerechnet werden, welchem sie tatsächlich zustehen". Wie schon der Wortlaut des Gesetzes hervorhebt, sind nicht nur Gesellschaften, welche zum Zwecke der Steuerumgehung oder der Steuerverschiebung gegründet werden, von einer steuerrechtlichen Anerkennung ausgeschlossen; auch Gesellschaften, welche ihre wirtschaftliche Tätigkeit aufgegeben haben, können keine steuerrechtliche Anerkennung beanspruchen, wenn der Bestand ihrer Rechtsform zu Steuerumgehungen oder Steuerverschiebungen ausgenutzt wird. Vgl. Entscheid der RK I des Kantons Zürich vom 20. Dezember 1972, in: StR 28 (1973), S. 525

1) Zur rechtsstaatlichen Problematik und Bedeutung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise vgl. insbesondere Arioli, ASA 34 81 ff.; Studer, ASA 29, 35 ff.; Ackermann, S. 1 ff.; Dölemeyer, S. 124 ff.; Egger, S. 154 ff. sowie Locher, Praxis, Bd, 3 § 11, IA

2) vgl. Schlumpf/Dürr,S.147; Locher, Praxis, § 11, IIA Nr. 1; Saitzew, Partnerwerke, S. 44; Reimann/Zuppinger/Schärrer, Bd. 3, § 44 StG, N 1 - 3 S. 113 f.; BGE 93 I 725, 64 I 398 ff., 59 I 284 sowie ASA 24, 319

schaftlicher Abhängigkeit von der andern steht - unangemessene Gewinnverschiebungen vollziehen, die beiden juristischen Personen als ein und denselben Steuerpflichtigen zu betrachten,um den Gewinn am Orte, wo er erzielt wurde, zu besteuern. Das gleiche Resultat lässt sich damit erreichen, dass die entsprechenden Korrekturen an den vertraglichen und statutarischen Abmachungen vorgenommen werden. "Die juristische Person bleibt unter diesem Vorbehalt anerkannt".[1)]

Die Partnerwerke der Elektrizitätswirtschaft und deren Partner sind demnach als getrennte Rechtssubjekte anzusehen. Ihre wirtschaftlichen Interessen sind jedoch insoweit gleichgerichtet, als die Produktionsunternehmen im Endeffekt nichts anderes als ein Gewinnerzielungsinstrument ihrer Partner sind. Dieses Abhängigkeitsverhältnis eignet sich zweifellos im besonderen Masse, Gewinnverlagerungen vorzunehmen.

Reimann/Zuppinger/Schärrer, Bd. 3, §44 StG, N 7 S. 116; vgl. weiter BGE 59 I 287, 64 I 398 = Locher, Praxis, §8, IE, Nr. 5 sowie BGE 85 I 91 = Locher, ebenda, §11, IIB, 1a Nr. 7

VII. Die Prüfung auf Gewinnverschiebung

Gewinnverschiebungen zwischen verbundenen Unternehmen können im interkantonalen Verhältnis grundsätzlich korrigiert werden.[1] Gewinnkorrekturen sind somit insbesondere auch bei den Partnerwerken prinzipiell zulässig. "Besondere Verhältnisse vorbehalten", darf jedoch eine Gewinnverschiebung von der Tochtergesellschaft an die Muttergesellschaft oder an eine nahestehende Person so lange als ausgeschlossen gelten, als die Tochtergesellschaft in der Lage ist, "neben den gebotenen Abschreibungen und Rückstellungen eine Dividende auszurichten, die eine angemessene Verzinsung des Aktienkapitals darstellt". Um dennoch in einem solchen Falle eine Berichtigung der Ertragsrechnung zuzulassen, "bedürfte es des Nachweises ganz besonderer Tatbestände", wie von Belastungen der Tochtergesellschaft, "die sich durch keinerlei wirtschaftliche oder kaufmännische Erwägungen, sondern allein durch das Bestreben erklären lassen", Gewinne, die organisch der Tochtergesellschaft zugehören würden, auf die Muttergesellschaft zu verschieben.[2]

---

1) vgl. Locher, Praxis, §8, IIIB, Nr. 1-3,

2) ebenda, Nr. 2

1. Die Ueberprüfung

a) der Abschreibungen[1)]

Es ist eine allgemeine Erfahrungstatsache, dass auch die Lebensdauer der elektrischen Anlagen[2)] beschränkt ist. Oft stehen die Maschinen zwar noch im Gebrauch, aber sie arbeiten unwirtschaftlich und würden darum vorteilhafter durch Neue ersetzt. Der starken Wertminderung, welche die Anlagen infolge Abnützung und besonders infolge Veralte-

---

1) Während die Steuerbehörden lange Zeit in der Zulassung von Abschreibungen recht zurückhaltend waren, sind sie heute bedeutend larger. Dies wohl aus der Ueberlegung, dass der Staat ein Interesse an einer soliden Geschäftspolitik hat und nur eine momentane Einbusse erleidet, indem ihm später, wenn wenig oder nichts mehr abzuschreiben ist, umso grössere Beträge zufliessen werden. Statt vieler vgl. bezüglich der Elektrizitätsgesellschaften: Kozuchowsky, S. 1 ff.; Saitzew, Heimfallabschreibungen, S. 1 ff.; Roithmeier, S. 1 ff. sowie Käfer, S. 48 ff.

2) Dabei sind insbesondere zwei Gruppen von Anlagen zu unterscheiden: diejenigen, die bei Konzessionsablauf gratis heimfallen, also bis zu diesem Zeitpunkt vollständig abzuschreiben sind und die übrigen, die gegen Entgeld erworben werden müssen. Für die heimfälligen Anlageteile ist die Abschreibungsquote demnach bestimmt. Sie kann nach der Methode der gleichmässigen Wertverminderung oder nach der Annuitätenmethode vor sich gehen. Bei den nicht heimfallenden Anlagen werden die Aufwendungen für Erneuerungen und Unterhalt, die bereits in den Jahreskosten enthalten sind, bei den Erneuerungsabschreibungen berücksichtigt.

rung erleiden, ist deshalb in den Abschreibungen gebührend Rechnung zu tragen.

Die eidgenössische Steuerverwaltung hat im Einvernehmen mit den kantonalen Instanzen und nach Konsultierung der an der Abschreibungspraxis interessierten Wirtschaftsverbände Richtlinien für die steuerliche Bemessung der Abschreibungen aufgestellt. Für Elektrizitätswerke gelten folgende besondere Normen:[1)]

I. Normalansätze

a) Ohne besonderen Nachweis der geschäftsmässigen Begründetheit können im allgemeinen Abschreibungen auf dem Erstellungswert zugelassen werden:

   1. Bei Elektrizitätswerken, die der allgemeinen Stromversorgung dienen:
      bis zu 2.5 % auf den Anlagen der Wasserkraftwerke;
      bis zu 3.5 % auf den Verteilanlagen.

   2. Bei Industrie-Kraftwerken, die neben der Stromerzeugung für den eigenen Bedarf auch der allgemeinen Stromversorgung dienen:
      bis zu 3 % auf den Anlagen der Wasserkraftwerke;
      bis zu 4 % auf den Verteilanlagen.

   3. Bei Industrie-Kraftwerken, die für den eigenen Bedarf Strom erzeugen und an die allgemeine Stromversorgung keine oder nur unwesentliche Energiemengen abgeben:
      bis zu 4 % auf den Wasserkraftanlagen;
      bis zu 5 % auf den Leitungsanlagen.

b) Bei Anlagen mit ausgedehnten Sekundärnetzen oder grossen Unterstationen mit komplizierten Apparaten, sowie bei Anlagen im Gebirge, können die Sätze für Verteilanlagen bzw. für Leitungsanlagen um 0.5 % erhöht werden.

c) Für Abschreibungen auf dem Buchwert sind die Ansätze gemäss lit. a und b zu verdoppeln.

---

1) vgl. Masshardt, S. 226f. sowie Kreisschreiben der Eidg. Steuerverwaltung vom 9. Januar 1952 in ASA 20, 298

II. Abschreibungen auf den heimfallpflichtigen Anlagen

Ausser den nach Ziffer I zulässigen Abschreibungen können als zusätzliche Abschreibungen anerkannt werden die nach den Konzessionsbedingungen berechneten Einlagen in den Heimfallfonds, soweit sie geschäftsmässig begründet sind.

Bei Kraftwerken, die keinen Fonds für ihre heimfallpflichtigen Anlagen äufnen, dafür aber grössere Abschreibungen auf den Anlagen vornehmen, kann der in Ziffer I festgelegte Satz für Wasserkraftanlagen um 0.5 % erhöht werden.

III. Nachholungen

Die Nachholung früher unterlassener Abschreibungen ist zulässig in Fällen, wo das steuerpflichtige Unternehmen in früheren Jahren wegen schlechten Geschäftsganges keine genügenden Abschreibungen vornehmen konnte.

b) der Rückstellungen[1)]

"Der Rückstellung ist ... eigen, dass Vermögenseinbussen angerechnet werden, deren Umfang bei der Verursachung noch nicht genau bekannt ist, weshalb später darüber abzurechnen ist".[2)] Es handelt sich mit anderen Worten um Verbindlichkeiten über deren Höhe noch keine Sicherheit besteht,[3)] die aber bei "geschäftsmässiger Begründetheit" steuerlich anerkannt werden.[4)] Dies ist stets dann der Fall, "wenn sie dazu bestimmt sind, im Laufe der Geschäftsperiode unsicher

---

1) Zum Wesen der Rückstellungen statt vieler: Blumer/Graf, S. 222 ff.

2) Reimann/Zuppinger/Schärrer, Bd. 2, § 19 StG, N 265 S. 124

3) z.B. Pensionsverpflichtungen, demnächst fällige Steuern, Aufwendungen für laufende Prozesse, Bürgschaftsverpflichtungen, Delkredere usw.

4) vgl. Schmidlin, SAG 31 (1958/59), S. 23

gewordene Positionen zu sichern oder während dieses Zeitraumes eingetretenen Verlustgefahren zu begegnen".[1] Die geschäftsmässige Begründetheit wird mit anderen Worten dort als gegeben angesehen, "wo mutmassliche zukünftige Verpflichtungen gegenüber Dritten feststehen und unmittelbar drohende Verlustgefahren anzunehmen sind, bei denen sich die Berücksichtigung in der Rechnung für den Bemessungszeitraum noch rechtfertigen lässt (BGE 69 I 275, 74 I 199), im Unterschied zu jenen entfernteren Risiken, bei denen sich eine Vorverlegung in die Gegenwart im Rahmen der (zeitlich beschränkten) direkten Bundessteuern nicht rechtfertigen liesse."[2]

Bei den Partnerwerken der Elektrizitätswirtschaft können vor allem Rückstellungen für Steuern, die noch nicht verbindlich veranlagt sind oder bei denen man mit Nachveranlagungen zu rechnen hat sowie für Lieferverpflichtungen, Gratifikationen, Pensionsverpflichtungen, Sachschäden, Grossreparaturen und Instandhaltungsarbeiten von Bedeutung sein.

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit darf indes vorausgesetzt werden, dass die üblichen Abschreibungen und Rückstellungen vorgenommen werden und das gebotene Mass grundsätzlich nicht überschritten wird, sodass sich eine weitergehende Ueberprüfung hier erübrigt.

---

1) BGE 70 I 330 sowie 69 I 275

2) BGE 75 I 260f.

c) der Dividende

Die Höhe der Dividende, die eine angemessene Verzinsung des Aktienkapitals darstellt, kann von Branche zu Branche verschieden sein. Das Bundesgericht[1)] hat in früheren Jahren für die Elektrizitätswirtschaft mehrfach einen Dividendensatz von 6 % als angemessen erachtet. Eine angeblich angemessene Verzinsung des Aktienkapitals darstellende Dividende vermag indes recht wenig über das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Gewinnverschiebung auszusagen, ist es doch durchaus denkbar, dass auch eine Gesellschaft, die eine Dividende von sechs oder mehr Prozent ausschüttet, dennoch Gewinnverschiebungen vornimmt. Dies wird stets dann der Fall sein, wenn die errechnete Dividende nicht Ausdruck der steuerlichen Leistungsfähigkeit sein kann, weil beispielsweise allein schon das zugrunde liegende Aktienkapital eine betriebswirtschaftlich nicht repräsentative Höhe aufweist. Die Dividende kann mit anderen Worten nur dann als Gradmesser der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit dienen, wenn erstens damit eine angemessene Verzinsung des Aktienkapitals gegeben ist und zweitens, wenn das Aktienkapital zugleich auch ein repräsentatives Eigenkapital darstellt. Soll demnach die Dividende nicht bloss Ausdruck

---

1) BGE 59 I 288, 64 I 404, 82 I 295

angemessener Grundkapitalverzinsung, sondern auch des steuerlichen Leistungsvermögens einer Unternehmung sein, dann müssen sowohl der Dividendensatz als auch die Höhe des Aktienkapitals hierfür repräsentative Werte darstellen. Eine Dividende, die lediglich eine angemessene Verzinsung darstellt, kann - solange nicht besondere Verhältnisse dagegen sprechen - deshalb bestenfalls die Vermutung einer Gewinnverschiebung entkräften.

d) der versteuerten Gewinne

Ohne dass Statistiken über das Verhältnis der Unternehmungsgewinne zu den Ausschüttungen herangezogen werden müssen, kann gesagt werden, dass Gewinne in der Höhe einer bestimmten Dividende zuzüglich der Einlage in den gesetzlichen Reservefonds im allgemeinen zur Erhaltung eines Industrieunternehmens nicht ausreichen, werden doch auf diese Weise keine frei verfügbaren Reserven gebildet. Widmer bezeichnet daher die Lieferung zu Jahreskosten zu Recht als ungewöhnlich.[1] Anderseits ist zu beachten, dass die Partnerwerke offensichtlich

---

1) Widmer, ASA 20, 135

solcher freier Reserven nicht bedürfen, da ihre Jahreskosten auf alle Fälle von den Beteiligten getragen werden. Saitzew[1] stellt denn auch die Behauptung auf, die unabhängig von der ökonomischen Effizienz der Partnerwerke im voraus festgesetzte Dividende stelle einen Vorteil für den Fiskus dar, weil sie diesem einen konstanten Ertrag sichere. Diese Behauptung mag für die Gründungs- und Anfangszeit der hydraulischen Werke etwas an sich haben, ist es doch bei Unternehmungen mit hohen Anlagekosten geradezu typisch, dass diese in den ersten Geschäftsjahren nicht zuletzt wegen den hohen Abschreibungen keinen oder lediglich einen bescheidenen Gewinn ausweisen. Sie übersieht anderseits aber die Tatsache, dass das Eigenkapital darstellende Aktienkapital bei den vorliegenden Produktionswerken im Verhältnis zum Fremdkapital in einem offensichtlichen Missverhältnis steht und die Dividende deshalb niemals Ausdruck der steuerlichen Leistungsfähigkeit sein kann.
Auch übersieht Saitzew die Lage allfälliger Minderheitsaktionäre, die keinen Strom beziehen.[2] Diese haben berechtigte Interessen, dass das Produktionswerk nach kaufmännischen Grundsätzen geführt wird, denn sobald neben den Strom

---

1) Saitzew, Partnerwerke, S. 48

2) vgl. S. 51

beziehenden Partnern auch noch Dritte, die keine Energie beziehen, am Partnerwerk finanziell beteiligt sind, wird aus dem Gemeinschaftsunternehmen ein gewöhnliches Handelsunternehmen. Das Produktionswerk müsste dann, um die Interessen der nicht Strom beziehenden Minderheitsgesellschafter nicht zu beeinträchtigen, als selbständiger Betrieb nach kaufmännischen Grundsätzen geführt werden. Der produzierte Strom müsste mit anderen Worten so gut als möglich abgesetzt werden und zwar an die beteiligten Partner wie an Drittkäufer, damit am Gewinn alle finanziell Beteiligten gemäss ihrer Einlage teilhaben. Solange jedoch die erzeugte Energie zu den Gestehungskosten oder sonstigen Unterpreisen an die Partner abgegen wird, fliesst jeder Profit in Form von billigem Strom ausschliesslich in die Tasche der Partner. Man spart so einerseits Steuern, indem man den Unternehmensgewinn in Form von elektrischer Energie zu Unterpreisen bezieht und entzieht anderseits einer Aktionärsminderheit, die keinen Strom bezieht, einen Teil des ihr zustehenden Gewinns. Daraus folgt, dass die Sonderbehandlung der Partneraktionäre einer klaren Bevorzugung einzelner Aktionäre vor den andern gleichkommt. Solches korporatives Handeln ist unzulässig, da "der gleiche Unternehmensvorteil auf eine für die Minderheit weniger oder überhaupt nicht nachteilige Weise erlangt werden kann".[1)]

---

1) Merz, N 326 zu ZGB 2

Entgegen der Ansicht des Bundesgerichtes[1] ist deshalb zu fordern, dass der steuerbare Reinertrag eines Partnerwerkes nicht nach der vereinbarten Dividende, sondern auf Grund des Marktwertes der gelieferten Energie zu ermitteln sei. Für die Bestimmung der steuerlichen Leistungsfähigkeit eines Produktionsunternehmens ist nämlich in erster Linie der Marktwert der erzeugten Güter massgebend. Eine auf Jahre hinaus konstante minimale Dividende auf einem im Vergleich zum Anlagevermögen erst noch bescheidenen Aktienkapital ist kein tauglicher Masstab.

Anderseits steht fest, dass fernstehenden Personen der erzeugte Strom niemals zu den Gestehungskosten abgegeben würde, sodass davon auszugehen ist, dass ein Werk, das nicht als Partnerunternehmung, sondern als eine marktmässig betriebene Gesellschaft organisiert wäre, eine höhere Rendite und damit auch höhere Steuererträge abwerfen würde. Diese offensichtliche Besserbehandlung lässt auf das Vorliegen von Gewinnverschiebungen schliessen, die ungeachtet der Tatsache, ob neben den gebotenen Abschreibungen und Rückstellungen, eine Dividende ausgerichtet wird, die eine angemessene Verzinsung des für das wirtschaftliche Leistungsvermögen indes nicht repräsentativen Grundkapitals darstellt, in der Ertragsrechnung zu berücksichtigen sind. Die Rechtsprechung verlangt jedoch für die Berichtigung der Gewinnrechnung den Nachweis besonderer Gewinnverschiebungs-Tatbestände.

---

1) Nur teilweise veröffentlichter Entscheid vom 4. Februar 1946 i.S. EW Luzern-Engelberg (EWLE) gegen Kantone Luzern, Obwalden und Nidwalden in FDK-Sammlung der Bundesgerichtsentscheide in DB-Fällen, 1946, Nr. 3 E. VIII; vgl. auch bei Locher, Praxis, § 8, III B, Nr. 2

2. Der Nachweis ganz besonderer Tatbestände

Beim Nachweis besonderer Tatbestände geht es um die objektive Feststellung und Würdigung des Vorliegens von Besonderheiten.

a) Das Gestaltungsprivileg der Partner

Die Aktionäre der Partnerwerke, d.h. die den Strom beziehenden Partner und nicht die den Strom erzeugenden Produktionswerke als selbständige Unternehmungen, legen die Bedingungen der Stromabgabe fest. Wir finden mit anderen Worten die Situation vor, wo die Aktionäre als Inhaber der Partnerwerke die Bedingungen ihrer Strombezüge selbst festsetzen. Die Partner sind demnach in der Gestaltung der Abnahmeverträge weitgehend frei[1], und es bleibt ihnen überlassen, die Steuerbemessungsgrundlage der Produktionswerke - vorbehältlich späterer Nachprüfung durch die Steuerbehörde - zu manipulieren. Diese vertragliche Abmachung kann als "Beherrschungsvertrag" bezeichnet werden,und die Bestimmung der Uebernahme der produzierten Energie zu den Gestehungskosten hat weitgehend Charakter eines "Gewinnabführungsvertrages".[2]

Dieses Gestaltungsprivileg der Partner ist Ausfluss der fehlenden marktmässigen Verhältnisse in der Elektrizitäts-

---

1) Die Gestaltungsfreiheit findet zwar ihre Grenzen einerseits bei der Steuerumgehung, anderseits bereits dort wo durch vertragliche Abmachungen Gewinnverschiebungen bezweckt werden oder auch bloss die Folge davon sind.

2) Die Begriffe "Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag" sind dem deutschen Aktiengesetz entnommen (§291 Abs. 1). Vgl. hiezu insbesondere Reuter, S. 206 ff.

wirtschaft und nicht zuletzt auf die besonderen Beteiligungsverhältnisse in dieser Branche zurückzuführen. Dass dadurch Gewinne, die organisch dem Produktionswerk zugehören, auf die Partneraktionäre verschoben werden können, liegt auf der Hand.

b) Das Fehlen eines freien Energiemarktes zwischen Partner und Produktionswerk

Dadurch dass die Partnerwerke grundsätzlich keinen Strom an Dritte liefern, sondern die erzeugte Energie gegen Uebernahme der Kosten, inbegriffen eine jährliche Dividende auf dem Aktienkapital, an die Partner abgeben, fehlt ein eigentlicher Energiemarkt für hydraulische Energie zwischen den Partnern als Obergesellschaft und dem Produktionsunternehmen als Untergesellschaft. Die Tatsache fehlender marktmässiger Verhältnisse erschwert zwar die Prüfung nach dem Vorliegen von Gewinnverschiebungen, darf anderseits aber gerade in den Fällen als Indiz hierfür gewürdigt werden, wo als Folge besonderer Beteiligungsverhältnisse, zwischen den Kontrahenten kein Interessengegensatz, sondern eine Interessengemeinschaft herrscht.

c) Die Unbestimmtheit der Gegenleistung

Bei Leistungen wie der Stromabgabe der Partnerwerke an ihre Partner, deren Bewertung nicht nach den Regeln von Angebot und Nachfrage erfolgt, sondern auf dem Wege vertraglicher Vereinbarungen, ist die Gegenleistung - obwohl in Geldwert berechnet - sehr unbestimmt.[1)]

Man kann sich deshalb des unguten Gefühls nicht erwehren,

---

1) Die Schwierigkeiten, die sich in den Fällen ergeben, wo die Leistungen und Gegenleistungen nicht in Geldwert berechnet werden, sind nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit. Vgl. im übrigen Pestalozzi, S. 51

dass der Gewinn- und Verlustrechnung möglicherweise Erträge nicht gutgeschrieben werden, die ihr gutgebracht werden sollten. Dies um so mehr als vertragliche Preisfestsetzungen zwischen verbundenen Unternehmen nicht zuletzt in der Absicht erfolgen, Gewinne von einer Gesellschaft auf die andere zu verschieben.

d) Unterpreislieferung

Wenn das Produktionswerk hydraulische Energie an die Partner zu Preisen veräussert, die es unabhängigen Dritten niemals gewähren würde, so ist dies wegen der Gesellschaftereigenschaft der Abnehmer verständlich. Leistungen, die aber nicht auf einer Gesellschaftereigenschaft beruhen, haben in der Regel eine etwa gleichwertige Gegenleistung zur Voraussetzung. Deshalb ist die Abgabe der erzeugten Energie zu den Gestehungskosten als Vorteilszuwendung der Partnerwerke an ihre Aktionäre zu bezeichnen und zweifellos als Besonderheit zu würdigen.

aa) Vorteilszuwendungen durch blosse Verrechnung der Gestehungskosten

"Die Leistungen der Vertragspartner müssen in ihrer Gesamtheit gleichwertig sein, weil es der Verkehrssitte widerspricht, dass ein Kaufmann einem anderen im Rahmen eines ernsthaft gemeinten Vertrages irgendwelche Vermögensstücke im Endergebnis teilweise oder vollkommen unentgeltlich überlässt".[1] "Die Feststellung, ob Leistung und Gegenleistung in einem Missverhältnis stehen, kann sich indes als äusserst schwierig erweisen. Das trifft namentlich dann zu, wenn zum Vergleich keine üblichen Marktpreise herangezogen werden können, wie z.B. bei Lieferungen elektrischen Stroms".[2] Dass jedoch ein Vertragspartner gewillt ist, das von ihm erzeugte Produkt lediglich zu den Gestehungskosten abzugeben, spricht für das Vorliegen beonserer Tatbestände; dies jedenfalls so lange als die zu den Gestehungskosten liefernde, rechtlich selbständige Gesellschaft auch selbständiges Steuersubjekt ist und zwar ungeachtet, ob sie - als Teil eines verbundenen Unternehmens - diese Vorteilszuwendung einer beteiligten Gesellschaft oder einem

---

1) Westerfelhaus, S. 32

2) Bosshardt, Die neue zürcherische Einkommens- und Vermögenssteuer, S. 204

ihrer Aktionäre erbringt. Bei derartigen Verhältnissen wird nur so lange gegen die vertragliche Preisfestsetzung nicht eingeschritten werden können, als die Gesellschaft dieselbe Leistung auch fernstehenden Dritten erbringen würde und nicht so lange sie angemessen verdient.[1] Andernfalls bliebe jede Gewinnverschiebung im Rahmen einer allfälligen Besserbehandlung unberücksichtigt.

---

1) a.M. Bosshard, Die neue zürcherische ..., S. 205

bb) Augenfällige Diskrepanz in den Uebernahmepreisen

Eine Gegenüberstellung der Bezugspreise der Centralschweizerischen Kraftwerke, Luzern (LKW) für die von den beiden Partnerwerken Göschenen und Wassen produzierte Energie mag dies verdeutlichen:[1)]

KW Göschenen AG

Jahr	Jahreskosten inkl. Dividende Fr.	Erzeugte Energie kWh	Bezugspreis Rp/kWh
1963	18 650 297	382 298 200	4.878
1964	19 194 820	378 971 000	5.064
1965	19 273 123	376 971 000	5.123
1966	19 502 941	422 583 000	4.615
1967	19 609 072	432 901 000	4.529
1968	19 265 643	384 206 000	5.014
Ø	2 766 000	282 000 000	4.870

KW Wassen AG

1963	2 729 343	264 420 000	1.032
1964	2 761 967	363 980 000	1.046
1965	2 772 333	270 760 000	1.023
1966	2 764 799	298 100 000	0.927
1967	2 776 940	286 850 000	0.968
1968	2 790 940	308 340 000	0.904
Ø	2 766 000	282 000 000	0.980

Der Verkaufspreis der KW Wassen AG betrug demnach im Durchschnitt der Jahre 1963-68 pro kWh 3.89 Rp weniger als bei der KW Göschenen AG.

Mit guten Gründen darf angenommen werden, dass wenn das Werk Wassen den Strom an fernstehende Dritte frei verkauft hätte, es einen Preis verrechnet hätte, der

---

1) Zahlenmaterial von der kantonalen Steuerverwaltung URI

sich nach dem Verkaufspreis von Göschenen gerichtet hätte. Die Vermutung liegt deshalb nahe, dass hier eine Gewinnverschiebung zugunsten der CKW stattfand.

e) Die Versteuerung eines konstanten Gewinns

Die Ausweisung eines über Jahre konstanten Gewinns in der Steuerbilanz ist zweifellos etwas Ungewöhnliches, zumal die Bestimmung der steuerlichen Leistungsfähigkeit auf Grund einer fixen Dividende erfolgt, die sich auf ein als Eigenkapital nicht repräsentatives Grundkapital bezieht. Es ist deshalb nicht von der Hand zu weisen, dass gerade in einer Branche wie der Elektrizitätswirtschaft, wo nicht zuletzt dank des internationalen Verbundbetriebes[1] keinerlei Absatzschwierigkeiten bestehen, die Festlegung auf einen konstanten Gewinn in der Höhe der Zuweisung an den gesetzlichen Reservefonds und der mehrerwähnten fixen Dividende, die höchstens eine angemessene Grundkapitalverzinsung verspricht, ein ungewöhnliches Vorgehen darstellt.

---

1) Im Jahre 1951 wurde die Union für die Koordinierung der Erzeugung und des Transportes elektrischer Energie, die UCPTE, gegründet. Ihren Satzungen gemäss bezweckt die Union die möglichst wirtschaftliche Ausnutzung der Kraftwerke und Höchstspannungsleitungen. Dieser Zielsetzung entsprechend ist das heute bestehende Höchstspannungsnetz entstanden, dank dem Defizite und Ueberflüsse in der Energieerzeugung der beteiligten Länder ausgeglichen werden können.

f) Leistungsempfänger ist ein Mitglied des Produktionsunternehmens oder eine diesem nahestehende Person

Diese in der Elektrowirtschaft geradezu typische Erscheinung zwischen den Partnerwerken und ihren Partnern führt nur allzuleicht zu einem für das Steuerrecht nicht sachgemässen Geschäftsgebahren. So ist denn die Abgabe der elektrischen Energie zu den Gestehungskosten inklusive einer angemessenen Eigenkapitalverzinsung insofern ungewöhnlich als feststeht, dass dies gegenüber unabhängigen Dritten niemals geschen würde. Die Partner erhalten diese Vergünstigung folglich nur dank ihrer Herrschaftsmacht. Auf die Interessenwahrung des rechtlich selbständigen Produktionsunternehmens wird zugunsten der es beherrschenden Aktionäre verzichtet, was sich u.a. mit dem Bestreben erklären lässt, Gewinne an die beteiligten Partner zu verschieben.

g) Das fehlende Gewinnstreben

Starke marktfremde Einflüsse und eine nicht sehr durchsichtige Verflechtung der Interessen beherrschen die Szene in der Elektrizitätswirtschaft. Durch die Lieferung der erzeugten Energie an einen entfernten Dritten zu einem Preis, der ausser den Jahreskosten auch eine Minimalren-

dite mit einem den Obligationenzinsfuss geringfügig übersteigenden Satz umfasst, würde das Produktionswerk zwar seine wohlverstandenen Interessen und jene der Aktionäre (Partner) nicht offensichtlich verletzen.[1] Da sich aber eine Gewinnverschiebung letztlich nach dem im Verkehr mit Dritten Ueblichen beurteilt, ist für das Steuerrecht allein entscheidend, dass Stromlieferungen zu solchen Konditionen an unabhängige Personen nicht namhaft gemacht werden. Die nicht gewinnstrebigen hydraulischen Partnerwerke müssen demzufolge zumindest dann als gewinnverschiebende Gesellschaften gewürdigt werden, wenn im Rahmen des fehlenden Gewinnstrebens der Gewinn der Aktionäre des Produktionswerkes - oder wenn diese wiederum an ihre Aktionäre liefern: deren Gewinn usw. - entsprechend höher ausfällt, d.h. wenn der vom Partnerwerk nicht erzielte, jedoch erzielbar gewesene Gewinn vom Aktionär erzielt wird.

---

1) vgl. BGE 82 I 295; Widmer, ASA 20, 136

h) Unentgeltliche Vorteilszuwendungen

Jede unentgeltliche Leistung lässt die Vermutung einer Gewinnverschiebung aufkommen. Entscheidend, ob eine solche im Endeffekt vorliegt, ist, dass es sich um eine geschäftsmässig nicht begründete Vorteilszuwendung handelt. Nun ist aber denkbar und in der Praxis üblich, dass unentgeltiche Leistungen geschäftsmässig zu begründen sind. Man denke in diesem Zusammenhang bloss an die gemeinnützigen Zuwendungen und sonstigen Spenden. Eine geschäftsmässig nicht begründete Vorteilszuwendung ist indes jede unentgeltliche Leistung, welche persönlichen Beziehungen zwischen den das Unternehmen beherrschenden Personen und dem Vorteilsempfänger entspringt.[1] Dabei ist es gleichgültig, ob der Verzicht auf eine Gegenleistung formell ausgesprochen worden ist oder nicht. Eine stillschweigende Duldung kann nicht anders beurteilt werden; denn eine Gesellschaft würde niemals einen Vertrag von Nichtgesellschaftern anerkennen, mit dem über die ihr zustehenden Gewinne verfügt würde. Indem die Partnerwerke der Elektrizitätswirtschaft denselben Strom an Nichtaktionäre zu

---

1) vgl. Reimann/Zuppinger/Schärrer, § 45 StG, N 77 S. 139 f.

denselben Bedingungen nicht verkaufen, ist der Beweis erbracht, dass die Vorteilszuwendung im Rahmen der Besserbehandlung Ausdruck der persönlichen Beteiligungsverhältnisse ist.

3. Der Nachweis einer Gewinnverschiebung

Der Nachweis einer Gewinnverschiebung kann dann als erbracht gelten, wenn feststeht:[1)]

- dass zwischen Partnerwerk und Partner eine ungewöhnliche, den wirtschaftlichen und finanziellen Verhältnissen nicht entsprechende Vereinbarung getroffen wurde, mit deren Hilfe den Partnern Dividenden auf indirektem Wege in Form einer Preisreduktion zugeführt werden

  und

- dass die getroffenen Abmachungen die Herabsetzung der gesamten Steuerlasten oder zumindest eine Verschiebung der Steuerbemessungsgrundlage von einer Steuerhoheit in die andere bezwecken bzw. zur Folge haben.

Diese auf der Grundlage der wirtschaftlichen Betrachtungsweise beruhenden Postulate dienen somit als steuerrechtliche Korrekturbehelfe in den Fällen, wo die Wahl einer - vom wirtschaftlichen und finanziellen Standpunkt aus - u n g e w ö h n l i c h e n V e r e i n b a r u n g zwischen verbundenen Unternehmen zu einer u n g e r e c h t -

---

1) vgl. u.a. Westerfelhaus, S. 23; Locher, Praxis, §8, III B, Nr. 3 sowie BGE vom 3.5.1950 i.S. Tavannes Watch Co. S.A. c. Kt. Bern, in der FDK-Sammlung 1950, Nr. 21, S. 16 wie auch BGE i.S. EW Luzern-Engelberg c. Kantone Luzern, Obwalden und Nidwalden, in FDK-Sammlung 1946, Nr. 3, S. 23

fertigten Verminderung oder Verschiebung der Steuerlasten führt. Soll Sinn nicht Unsinn werden, muss bereits beim Vorliegen einer Verschiebung der Steuerbemessungsgrundlage von einer Gewinnverschiebung gesprochen werden und nicht nur wenn die Folge die Herabsetzung der gesamten Steuerlasten ist. Denn jede Verschiebung der Steuerbemessungsgrundlage hat stets auch eine Steuerverminderung bei der verschiebenden Gesellschaft und somit eine Verschiebung der Steuerlasten zur Folge. Im föderalistischen Steuersystem [1] muss logischerweise bereits die Herabsetzung der Steuerlast in einem einzigen Steuerhoheitsgebiet genügen. Es entspricht dies keinesfalls einer fiskalischen Betrachtungsweise; denn in der Tat ist festzustellen, dass im Umfang der Verschiebung der Steuerbemessungsgrundlage eine Gewinnminderung im Steuerhoheitsgebiet der eigentlichen Gewinnerzielung eintritt.

---

1) Für die Abgrenzung der Steuerhoheit unter den Kantonen ist Art. 46 Abs. 2 BV massgebend. Sie beruht auf der Gebietshoheit, nämlich der Herrschaft des Gemeinwesens über die seinem Gebiete zugehörigen Individuen und Sachgüter. Vgl. u.a. BGE 78 I 326 sowie 79 I 138

a) Das Aussergewöhnliche der Parteivereinbarung

"Die Ungewöhnlichkeit beurteilt sich nicht nach der Auswirkung auf die Erfolgsrechnung, sondern nach dem im Verkehr mit Dritten Ueblichen".[1] Es ist deshalb auch nicht richtig, von Ungewöhnlichkeit erst dann zu sprechen, wenn feststeht, dass es dem Produktionsunternehmen wegen seinen nahen Beziehungen zu den Partnern nichts ausmacht, für die erzeugte Energie einen im Vergleich zum wahren Wert völlig ungenügenden Preis zu erlösen. Es genügt vielmehr, dass es im Verkehr mit Dritten zweifellos ungewöhnlich wäre, den Strom bereits zu den Jahreskosten abzugeben.

Wenn jedoch feststeht, dass die Preisbildung frei auf Grund von Angebot und Nachfrage erfolgt, kann auch bei einem äusserst niedrigen Preis nicht von einem ungewöhnlichen Vorgehen die Rede sein. Erfahrung und Praxis zeigen indes, dass dem in der hydraulischen Elektrizitätswirtschaft nicht so ist und die Partner nur dank ihres Einflussbereiches von den Produktionswerken die in Frage stehenden Leistungen erwirken können. Es ist

---

1) Widmer, ASA 20, 131

deshalb auch nicht entscheidend, ob bereits viele derartige Verträge abgeschlossen worden sind.[1] Die Ungewöhnlichkeit der Parteivereinbarung ist vielmehr stets dann gegeben wenn klar wird, dass unbeteiligten Dritten gleichlautende Lieferungsbedingungen nicht zugebilligt worden wären.[2]

aa) Die Gewährung besonderer Preisvorteile

Preisvorteile sind steuerbare Leistungen, wenn damit einem gesellschaftsrechtlich Beteiligten oder nahestehenden Dritten absichtlich ein Vorteil eingeräumt werden soll.[3] Denn dadurch verfügt die Gesellschaft über Teile des Geschäftsergebnisses, die richtigerweise in der Jahresrechnung zu figurieren hätten, müssen doch im steuerpflichtigen Ertrag sämtliche Einnahmen einer Unternehmung berücksichtigt werden. Der Saldo der Ertragsrechnung bedarf deshalb stets dann einer Korrektur, wenn die Gewährung der Preisvorteile lediglich aus dem Beteiligungsverhältnis zu erklären ist, mit anderen Worten unter im übrigen

---

1) a.M. Saitzew, Partnerwerke, S. 42 f.

2) vgl. Widmer, ASA 20, 136 f.

3) vgl. Masshardt, S. 219 sowie Känzig, Wehrsteuer, S. 347f.

gleichen Umständen einem Dritten gesellschaftsfremden Kunden im Normalfall nicht zukommen würde. Nun gibt es aber Fälle, wo Preisvorteile durchaus geschäftsmässig begründet sein können. Bei den Partnerwerken der Elektrizitätswirtschaft sind solche etwa denkbar:

- bei Bezug grosser Energiemengen,
- bei langfristigen Lieferungsverträgen,
- bei Unterbietung der Konkurrenz,
- bei Veredelung von Laufenergie durch Speicherung aus Speicherwerken,
- bei Veredelung der Energie durch Pumpspeicherwerke.[1)]

Die Vorteilsgewährung ist letztlich eine Ermessensfrage und steuerlich nur dann nicht zu beanstanden, wenn keine Zweifel darüber bestehen, dass sie auch fernstehenden Dritten zugestanden würde. "Diese Betrachtungsweise ist insofern richtig, als damit nach dem im ordentlichen Geschätsverkehr üblichen Preis dieser Leistung gefragt wird".[2)]

1) Grundsätzlich sind hier zwei Fälle zu unterscheiden, wobei vorerst für beide gilt, dass in Zeiten genügend verfügbarer Leistung Strom aus anderen Kraftwerken dazu verwendet wird, Wasser von einem Fluss, See oder Staubecken in ein höher liegendes Speicherbecken hochzupumpen, um es in Zeiten hohen Strombedarfs wieder - also ein zweites Mal - den Turbinen zuzuführen. Bei diesem Prozess wird keine zusätzliche Energie erzeugt, sondern es wird lediglich zwangsläufig anfallende Energie in der Form gespeicherten Wassers für die Zeit des Mangels zurückbehalten, was den Verlust von rund 30 % wertmässig wettmacht. Der Unterschied bei beiden Typen besteht darin, dass im einen Fall jahreszeitliche Speicherung erfolgt, indem das Wasser in ein Saisonspeicherbecken gepumpt wird (zum Beispiel Kraftwerk Hongrin-Léman). Im anderen Fall wird im tageszeitlichen Rhythmus nachts gepumpt und tagsüber produziert. Man spricht dabei von einem Umwälzwerk. Ein Beispiel hierfür ist das Werk Oberaar der Kraftwerke Oberhasli. Hier zeigt sich in geradezu idealer Weise die Möglichkeit der Kombination von Laufwerk, Speicherwerk und Pumpspeicherwerk.

2) SAG 47 (1975), S. 168

Charakteristisch in der Elektrowirtschaft ist indes, dass Stromlieferungen zu den Jahreskosten nur zwischen den Partnerwerken und ihren Partnern, mit anden Worten zwischen Aktiengesellschaft und Aktionär vorkommen. Lieferungen an fernstehende Dritte zu gleichen Bedingungen werden keine namhaft gemacht, sondern nur zu "marktkonformen Preisen getätigt, d.h. zu Preisen, die sich nach der momentanen Lage auf dem Energiemarkt und nach der Dringlichkeit dieser Käufe und Verkäufe für die an ihnen interessierten Partnern richten".[1] "Es kann daher kein Zweifel bestehen, dass in der Lieferung zu Jahreskosten eine Bevorzugung liegt, die einem Dritten nicht gewährt würde".[2] Damit ist der Nachweis erbracht, dass nicht zu dem im ordentlichen Geschäftsverkehr üblichen Preis geliefert wird.[3]

Die besondere Stellung des Partners zum Unternehmen Produktionswerk hat zur Folge, dass ersterem Dividenden in Form einer Preisreduktion zugeführt werden. Die Lieferung zu Jahreskosten ist daher als geschäftsmässig nicht begründet anzusehen und der Tatbestand der Gewinnverschiebung im Rahmen der Besserbehandlung erfüllt. Dies wenigstens solange "als nicht der Nachweis erbracht wird, dass der derart errechnete

---

1) Saitzew, Partnerwerke, S. 13

2) Widmer, ASA 20, 136

3) Ein ähnliches Problem wie bei den hydraulischen Partnerwerken bahnt sich auch bei gewissen mehrheitlich in ausserkantonalen und/oder ausländischen Händen stehenden Hotelketten und Transportbahnen, die lediglich ihren Beteiligten besondere Preisvorteile gewähren, an.

Verkaufspreis mit dem Verkehrs- oder Marktwert übereinstimmt".[1] Ob den hydraulischen Partnerwerken der Elektrizitätswirtschaft dieser Beweis gelingt, ist sehr fraglich, da erstens kein eigentlicher Marktpreis für die erzeugte Energie besteht und zweitens die vereinbarten Bedingungen:[2]

- ungewöhnlich sind, d.h. "sich nur dadurch erklären lassen, dass die Gesellschaft darauf ausgegangen ist oder keine Unkömmlichkeit darin gesehen hat, ihrem Aktionär einen Vorteil zu verschaffen";
- wesentlich von der Norm abweichen, d.h. offensichtlich aus dem Rahmen einer marktmässigen Gegenleistung fallen;
- sich nur aus der besonderen Stellung des Empfängers als Mitglied der Gesellschaft oder einer ihr nahestehenden Person erklären lassen.

---

1) Widmer, ASA 20, 136

2) vgl. Widmer, ebenda, S. 128 wie auch ASA 17, 62

bb) Die Ueberlassung der Gewinnrealisierung an die Aktionäre

Die hydraulischen Partnerwerke der Elektrowirtschaft bezwecken in erster Linie eine möglichst preisgünstige Stromerzeugung für die sie beherrschenden Partner. Die Gewinnrealisierung soll deshalb den Aktionären überlassen werden, weshalb die Abgabe des produzierten Stromes zu den Gestehungskosten nicht überraschen darf. Die Besonderheit dieser vertraglichen Abmachung führt indes nur dann zu einer auch zahlenmässig erfassbaren Gewinnverschiebung, wenn der erzielbar gewesene Gewinn von den Partnern oder deren Aktionären erzielt wird. Wenn hingegen derselbe Strom entsprechend billiger an unbeteiligte Konsumenten weiterverkauft wird, so versteht sich von selbst, dass keine Gewinnverschiebung vorliegt. Eine solche wird zudem stets nur dann zu bejahen sein, wenn zwischen der Vergütung der Aktionäre an das Produktionswerk und jener der fernstehenden Bezüger an die Aktionäre ein erheblicher Unterschied besteht.[1)]

---

1) Verkauft der Partner die Energie lediglich zu einem unbedeutend höher liegenden Preis als die Bezugskosten so kann, in Anbetracht der Tatsache, dass beim Partner ebenfalls Gestehungskosten anfallen, nicht von einer steuerlich erfassbaren Gewinnverschiebung gesprochen werden.

Wann kann nun aber von einem erheblich über der Entschädigung an das Partnerwerk liegenden Preis gesprochen werden? In einem nicht publizierten Urteil vom 4. Februar 1946 i.S. EW Luzern-Engelberg (EWLE) kam das Bundesgericht diesbezüglich zu einem geradezu unhaltbaren Entscheid.[1] Der Durchschnittspreis, zu welchem das EWLE seinem Hauptaktionär, dem EW der Stadt Luzern, den Strom lieferte, betrug 2.114 Rp pro kWh. "Dass die Stadt Luzern von ihren Abnehmern im Durchschnitt einen Preis von 10.73 Rp bezieht, rechtfertigt noch nicht den Schluss, dass ... der (dem EWLE, der Verf.) vergütete Preis unverhältnismässig gering sei und darauf hinauslaufe, den Gewinn (des EWL, der Verf.) künstlich niederzuhalten".[2] Dem kann nur beigepflichtet werden, wenn die Kosten, die beim Partner anfallen, eine entsprechende Erhöhung des Energiepreises bewirken. Wenn jedoch, wie im Falle des EW der Stadt Luzern, die gesamten Betriebsausgaben lediglich das Dreifache des Energiebezugspreises von 2.114 Rp pro kWh betragen, so bedeutet ein Wiederver-

---

1) vgl. EDK-Sammlung der BGer-Entscheide in DB-Fällen 1946, Nr. 3

2) ebenda, S. 23

kaufspreis von 10.72 Rp pro kWh eine Gewinnmarge von rund 200 Prozent; denn die Gestehungskosten für das EW der Stadt Luzern dürften sich auf ungefähr 6.5 Rp pro kWh belaufen haben. Dass ein derartiger Gewinn u.a. den vorteilhaften Bezugsbedingungen des EWLE zu verdanken ist , wird im Ernste wohl niemand bezweifeln,wie auch nicht, dass in casu der Wiederverkaufspreis erheblich über der Entschädigung an das Produktionswerk liegt.

Dieses Beispiel zeigt zugleich, dass die Frage, wann von einem erheblich über der Vergütung an das Produktionswerk liegenden Preis die Rede sein kann, von Fall zu Fall an Hand der Grössen Energiebezugspreis, Betriebsausgaben und Wiederverkaufspreis der Partner bzw. deren Aktionäre zu prüfen ist, wenn der Gewinn von diesen realisiert wird und nicht allgemeingültig beantwortet werden kann.

cc) Gewinnverschiebung durch Verträge zugunsten nahestehender Dritten

Die zwischen Werk und Aktionäre getroffenen Lieferbzw. Abnahmevereinbarungen stellen Leistungen zugunsten Dritter dar, wenn das Produktionswerk sich verpflichtet, den Partnern nahestehenden Gesellschaften oder Personen einen Vorteil zukommen zu lassen. Steuerlich handelt es sich zwar um eine Gewinnausschüttung an die Aktionäre selbst, während wirtschaftlich eine mittelbare Vorteilszuwendung durch eine unmittelbare Ertragsverschiebung vorliegt. Dies begründet ein Dreiecksverhältnis zwischen Partnerwerk, Aktionäre und nahestehenden Dritten, und man kann von einer Gewinnverschiebung an die Partner über Dritte sprechen.[1)]

---

1) Beispiel: die Rhätische Werke für Elektrizität AG ist heute eine Holdinggesellschaft und besitzt Beteiligungen an der AG Bündner Kraftwerke und an der Kraftwerke Hinterrhein AG. Als Partnerwerk der Elektrowatt Zürich beliefert sie einerseits die dieser zu 51 % gehörenden Elektrizitätsgesellschaft Laufenburg (EGL) mit elektrischer Energie zu den Gestehungskosten. Anderseits tritt sie zu denselben Bedingungen einen Teil des erzeugten Stromes der dem Partner Motor-Columbus gehörenden ATEL ab.

b) Die ungerechtfertigte Verminderung der Steuerlast am Produktionsort

Zu prüfen ist nicht, ob die besonderen Lieferungs- und Abnahmeverträge lediglich zum Zwecke der Steuereinsparung getroffen worden sind. Entscheidend ist vielmehr, ob das gewählte Vorgehen am Produktionsort tatsächlich zu einer Ersparnis an Steuern geführt hat, "welche bei sachgemässer Ordnung der Verhältnisse geschuldet wären".[1] Denn es gilt zu verhindern, dass der Steuerpflichtige durch Vorteilszuwendungen, die im besonderen Beteiligungsverhältnis zwischen ihm und dem Empfänger begründet sind, eine ungerechtfertigte Steuerersparnis, zum mindesten eine Milderung der Progression, erzielt.[2] Eine jede juristische Person wird nämlich Eigentümerin des ihr übertragenen Unternehmens, und sie ist deshalb als Steuersubjekt mit Bezug auf die bei ihr vorhandenen Steuerfaktoren in Anspruch zu nehmen. Auch wenn sie wirtschaftlich für ihre Gründer oder Beteiligten tätig ist, so übt sie "doch eine eigene Geschäftstätigkeit aus, rechtlich selbständig im eigenen Namen und auf eigene Rechnung. Was hierdurch erwirtschaftet wird, ist

1) ASA 42, 402

2) vgl. ASA 30, 291

Ertrag der besonderen juristischen Person und nicht der Einbringer, Beteiligten ... Es bedarf einer besonderen Verfügung der Organe der Aktiengesellschaft, damit ein Gewinn an die Aktionäre geleitet werden kann".[1] In der Elektrizitätswirtschaft werden indes vertragliche Konstruktionen dazu benutzt, um die den Partnerwerken zustehenden Gewinne über angeblich betriebsgewöhnliche Rechtsgeschäfte den Aktionären zuzuwenden. Dadurch wird die direkte Ausschüttung als Dividende umgangen. Dies verstösst gegen den Sinn und Zweck der von Gesetzes wegen gewollten zweifachen Gewinnbesteuerung bei der Aktiengesellschaft.

Für das Vorliegen einer ungerechtfertigten Verminderung der Steuerlast am Produktionsort ist somit allein entscheidend, ob beim Produktionswerk ein Gewinn entstanden ist oder bei Kontrahierung mit unabhängigen Dritten entstanden wäre, der aber nicht bei ihm in Erscheinung gebracht, sondern an die Partner, die sog. Aktionär-Käufer, weitergeleitet wurde. Wenn nun aber einem möglichen Gewinn beim Partnerwerk dadurch begegnet wird, dass die Liefer-

---

1) Widmer, ASA 20, 133

und Abnahmeverträge so ausgestaltet werden, dass bei der verkaufenden Gesellschaft zum vornherein ein Gewinn nur in ganz beschränktem Umfange realisiert wird, so steht fest, dass Verkäufe zu solchen Bedingungen im Verkehr mit fernstehenden Dritten nicht üblich sind. "in diesen Fällen enthält der Kaufvertrag, die Lieferungsabmachung usw. ein wesensfremdes Element, d i e Z u w e i s u n g e i n e s G e w i n n e s i n F o r m e i n e r P r e i s r e d u k t i o n. Die Gewinnausschüttung ist mit dem Kaufgeschäft gekoppelt, sie wird mit dem Kaufpreis verrechnet".[1] Der Kanton und die Gemeinde des Produktionswerkes hätten demnach einen dieser Preisreduktion entsprechenden Steuerausfall zu gewärtigen,falls keine Gewinnkorrektur vorgenommen würde. Es ist deshalb zu fordern, dass zumindest in derartigen Fällen nach dem angelsächsischen Vorgehen des "dealing at arm's length" alle Verrechnungspreise so zu vereinbaren sind, wie es unter unabhängigen Dritten üblich ist.

Solange die Leistung oder Ware jedoch schwer zu bewerten ist oder gar keinen Marktpreis hat, wird es äusserst schwer sein zu beurteilen, ob die Verrechnungspreise zu

---

1) Widmer, ASA 20, 131 f.

hoch oder zu niedrig sind. Eine betriebswirtschaftliche Grundregel muss indes jede Unternehmung beachten: trotz Verrechnungspreise muss ein Gewinn erwirtschaftet werden, der zur Erhaltung einer juristisch selbständigen Gesellschaft ausreicht. Lediglich einen branchenüblichen Gewinn zu fordern, würde namentlich im Falle einer Monopolbranche wie der Elektrizitätswirtschaft ins Leere greifen, da er allen Einflüssen entzogen ist, die wirksam wären, wenn ein freier Markt bestehen würde.

c) Die Verschiebung des Steuerfaktors Gewinn in ein anderes Steuerhoheitsgebiet

Soweit sich verbundene Unternehmungen innerhalb derselben Steuerhoheit befinden, ergeben sich keine besondere steuerliche Probleme. Im interkantonalen und internationalen Verhältnis hingegen ist das Problem der Gewinnverschiebung von höchster Bedeutung. Leistungen, die unter derart verbundenen Gesellschaften vereinbart werden, bilden oft Gegenstand steuerlicher Ueberprüfung, weil stets die Möglichkeit besteht, dass durch vertragliche Abmachungen Gewinnverschiebungen getätigt werden.

So ist namentlich festzustellen, dass infolge der Abgabe der von den Partnerwerken erzeugten elektrischen Energie zu den Gestehungskosten an die ausserkantonalen Partnergesellschaften[1] grundsätzlich eine Verschiebung der Steuerbemessungsgrundlage Gewinn vom Produktionskanton in die Kantone der Bezugsgesellschaften stattfindet. Die Berücksichtigung eines Kostenanteils im Energiepreis für die Tilgung und Verzinsung der Vorleistungen der Partner für den Bau der Anlagen und die eventuelle Verbesserung der örtlichen Infrastruktur etc. ist kaufmännisch begründet; dass diese Vorleistungen jedoch die Abgabe der produzierten Energie zu den Gestehungskosten rechtfertigen, wird im Ernste niemand behaupten. Der Kanton des Produktionswerkes kann sich indes nicht auf das verfassungsmässig garantierte Doppelbesteuerungsverbot[2] berufen; denn es liegt keine Verletzung der kantonalen Steuerhoheit vor. Ein "transfert de la matière imposable d'un canton à l'autre"[3] ist hingegen Tatsache, und ebensowenig kann die Ungewöhnlichkeit der Lieferungs- und Abnahmeverträge bestritten werden, sodass der Nachweis der Gewinnverschiebung erbracht ist.

---

1) NOK, ATEL, EGL, Elektrowatt und Motor-Columbus sind nicht bloss die finanzstärksten, sondern auch die wichtigsten Abnehmer.

2) Art. 46 Abs. 2 BV

3) Locher, Praxis, §8, III B, Nr. 3

VIII. Die gesetzesmässigen Voraussetzungen einer Besteuerung der Gewinnverschiebungen in Form von Preisvorteilen

Damit Gewinnverschiebungen, die in Form von Vorzugspreisen oder ähnlichen Vorteilen eingeräumt werden, als Bestandteil des Reinertrages besteuert werden können, verlangt Imboden[1] eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift; denn, "da eine solche Gewinnvorwegnahme in der Erfolgsrechnung nicht als ungerechtfertigter Abzug in Erscheinung tritt, lässt sie sich nicht unter Berufung auf das Prinzip, wonach nicht geschäftsmässige Aufwendungen unberücksichtigt bleiben, zum Reinertrag rechnen". Baumgartner[2] wendet jedoch mit Recht ein, dass der Saldo der Gewinn- und Verlustrechnung immer dann steuerbaren Korrekturen unterliegen würde, "wenn ... Gewinnausschüttungen an Aktionäre ... erfolgen", da die Gesellschaft durch Verzicht auf den ihr zustehenden Gewinn eine indirekte Ausschüttung an den Gesellschafter vornimmt, gleichgültig ob die verdeckte Gewinnausschüttung als Betriebsaufwand verbucht werde oder sich als Gewinnvorwegnahme darstelle. In beiden Fällen erfolgt eine Entreicherung der Gesellschaft. Da es im Steuerrecht durchaus zulässig ist,

---

1) Imboden, ASA 31, 179

2) Baumgartner, S. 5

Gesetzesbestimmungen unter Berücksichtigung des vom Gesetzgeber verfolgten Zweckes weiter auszulegen als es der Wortlaut erkennen liesse,[1] genügt die generelle Umschreibung, wonach alle vor der Berechnung des Saldos der Gewinn- und Verlustrechnung ausgeschiedenen Teile des Geschäftsergebnisses, die nicht zur Deckung geschäftsmässig begründeter Unkosten verwendet werden, damit Fälle von Verzicht auf Gewinnchancen zugunsten der Gesellschafter oder nahestehender Dritten steuerlich erfasst werden können. "Es mag die Konsequenz dieser Rechtsauslegung sein, wenn Baumgartner in diesem Zusammenhang darauf hinweist, ihm sei kein Entscheid bekannt geworden, in dem sich eine steuerpflichtige Gesellschaft mit Erfolg darauf berufen konnte, die Gewinnvorwegnahme mangels gesetzlicher Umschreibung nicht zu besteuern".[2]

Die meisten kantonalen Steuergesetze[3] enthalten eine Bestimmung, die in Anlehnung an die Wehrsteuer,[4] für die Berechnung des steuerbaren Ertrags "alle vor Berechnung des Saldos der Gewinn- und Verlustrechnung ausgeschiedenen Teile des Geschäftsergebnisses, die nicht zur Deckung geschäftsmässig begründeter Unkosten verwendet werden "berücksichtigen".

---

1) vgl. BGE 72 I 310 = ASA 15, 389; ASA 19, 335; Studer, Bilanzsteuerrecht, S. 170

2) Prym, S. 45

3) BE Art. 64 lit.b; BL §53 Abs. 1 lit.b; GR Art. 53 Abs. 1 lit. b; SH Art. 44 Abs. 1 lit.b; LU §51 Abs. 1 Ziff. 2; Noch deutlicher das zürch. StG in §45 Abs. 1 lit.c: "der Rechnung nicht gutgeschriebene Einkünfte".

4) WStB Art. 49 Abs. 1 lit.b

Da der Begriff des "Geschäftsergebnisses" in diesem Zusammenhang auf eine rein wirtschaftliche Gegebenheit hinweist, ... sind auf Grund dieser Bestimmungen auch Preisvergünstigungen an Aktionäre zum steuerbaren Ertrag hinzuzurechnen".[1] Dies wird von Pestalozzi[2] übersehen, wenn er behauptet, diese gesetzlichen Bestimmungen würden "ausdrücklich auf die Buchhaltung und die vorgenommenen Buchungen Bezug" nehmen, nicht aber Vorschriften enthalten, neue Buchungen vorzunehmen. Entscheidend ist jedoch nicht, ob für eine tatsächliche Erscheinung bis anhin eine bilanzmässig relevante Form bestand oder nicht; massgebend ist vielmehr, dass die Erscheinung Wirklichkeit ist, und dann ist es richtig, dass sie steuerlich berücksichtigt wird.

1. Die Rechtfertigung der Besteuerung

Im Interesse einer gerechten und gleichmässigen Besteuerung ist es die Pflicht der Veranlagungsbehörde, "den buchmässig ausgewiesenen Gewinn auf allfällige Gewinnverschiebungen hin zu untersuchen und alles das als Gewinn zu besteuern, was in guten Treuen nach kaufmännischen Grundsätzen unbekümmert um die buchmässige und zivilrechtliche Behandlung

---

1) Imboden, ASA 31, 179

2) Pestalozzi, S. 32

zum Reingewinn des Unternehmens gehört".[1] Eine Korrektur im Rahmen der getätigten Verschiebung soll nämlich lediglich verhindern, "dass Aktionäre aus der von ihnen beherrschten Gesellschaft Gewinne ziehen, ohne sie bei sich und der Gesellschaft so zu versteuern, wie es geschehen würde, wenn die Gewinne der Gesellschaft verblieben und als Dividenden zur Ausschüttung gelangt wären".[2] Denn die "Aktiengesellschaft soll ihren Aktionär nicht besser behandeln als einen unbeteiligten Dritten".[3] Dieser für das Steuerrecht geltende Grundsatz ist "allgemein anerkannt und auch zwingend, sofern davon ausgegangen wird, dass Gesellschaft und Aktionäre voneinander unabhängig sind".[4] Für das Vorliegen dieser Voraussetzung ist indes nicht die Zahl der Aktionäre massgebend,[5] sondern einzig und allein die aktienrechtliche Regelung, welche Gesellschaft und Aktionär als zwei völlig selbständige und voneinander unabhängige Rechtssubjekte betrachtet, und zwar ungeachtet, ob wir es mit einer Gesellschaft mit beschränkter Aktionärzahl zu tun haben oder nicht. Diese Betrachtungsweise findet ihre

---

1) Bosshardt, SAG VIII (1935/36), S. 127

2) Grossheintz, ASA 21, 365

3) ebenda, S. 365

4) Borkowsky, Steuerliche Unternehmungspolitik, S. 236

5) a.M. Borkowsky, ebenda

Berechtigung auch darin, dass das Abstellen auf die Aktionärzahl zu stossenden Ungleichheiten führen würde und dass der Aktionär sich vor Augen halten muss, dass, wenn er der wesentlichen Vorteile der Aktiengesellschaft teilhaftig wird, er auch die damit verbundenen Nachteile, insbesondere die Doppelbesteuerung, in Kauf zu nehmen hat. Berücksichtigt man ferner, dass in der Elektrizitätswirtschaft Partnerwerk und Abnehmer-Aktionär in der Regel verschiedenen Steuerhoheiten unterstehen, dann drängt sich schon allein aus diesem Grunde eine Erfassung möglicher Gewinnverschiebungen beim Produktionswerk auf.

2. Die Beweislast

Die zivilrechtlich und steuerrechtlich wichtige Selbständigkeit der Aktiengesellschaft hat zur Folge, dass Körperschaft und Aktionär verschiedenartigste Rechtsgeschäfte miteinander eingehen können. "In der Praxis zeigt sich eine erstaunliche "Begabung" auf dieser Ebene ... Es werden auf diese Weise also direkt nicht ausgewiesene Gewinne den Gesellschaftern auf Umwegen, d.h. in mehr oder weniger unsichtbarer Form zugeführt".[1] Das Vorliegen eines derartigen Deckmantels hat die Veranlagungsbehörde zu beweisen. Sie braucht indes nicht nachzuweisen, dass eine

---

1) Westerfelhaus, S. 21 f.

Gewinnverschiebung tatsächlich stattgefunden hat. Vielmehr kann sie eine solche unterstellen, wenn die Erfahrungen des Lebens sie wahrscheinlich machen.[1] Dem Partnerwerk steht aber der Gegenbeweis offen, und es kann insbesondere beweisen, dass die Tatsachen, die die Steuerbehörde für ihre Wahrscheinlichkeitserwägung anführt, nicht stimmen oder dass diese Tatsachen unmöglich zu einer Gewinnminderung führen konnten.

Hinsichtlich der objektiven Voraussetzung der Gewinnverschiebung stösst die Beweisführung auf keine besonderen Schwierigkeiten. Aber auch in subjektiver Hinsicht wirft der Nachweis der Gewinnverschiebung in der Elektrizitätswirtschaft keine besonderen Probleme auf; denn die Vorteilszuwendung an die Partner erfolgt bewusst, d.h. in voller Begünstigungsabsicht. Dies ergibt sich alleine schon aus der Tatsache, dass durch die abgeschlossenen Lieferungs- und Abnahmeverträge die Interessen des Produktionswerkes als marktmässiges Unternehmen nicht gewahrt werden. Denn die Partnerwerke tätigen ihre Geschäfte

---

1) vgl. Locher, Das schweizerisch-deutsche Doppelbesteuerungsabkommen, Bd. 2, B §6, III Nr. 1

nicht in der Absicht, einen Gewinn zu erzielen, sondern mit dem Ziel der konkreten Förderung ihrer Partner. "Aus Rücksichtnahme auf den Gesellschafter wehrt die Gesellschaft ihr Interesse und betätigt ihr Gewinnstreben nicht in dem Masse, wie sie es einem unbeteiligten Dritten gegenüber täte".[1] Grund dieser Rücksichtnahme sind allein die Beteiligungsverhältnisse.

Ob in tatsächlicher Hinsicht von einem Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung gesprochen werden kann, muss von Fall zu Fall - allenfalls sogar durch Sachverständige - geprüft werden. Soweit das Bundesgericht[2] sich in früheren Jahren diesbezügliche Gutachten erstatten liess, kamen sie in Fällen, in denen der Strompreis ausser den Jahreskosten auch eine Minimalrendite mit einem den Obligationenzinsfuss geringfügig übersteigenden Satz umfasste zum Schluss, es liege kein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vor. Denn durch Lieferung an Dritte zu denselben Konditionen würde die Gesellschaft ihre wohlverstandenen Interessen und jene der Aktonäre nicht offensichtlich verletzen. Man übersieht indes, dass derartige Lieferungen an fernstehende Dritte überhaupt nicht erfolgen, und da ein Missverhältnis nach dem im Verkehr mit Dritten Ueblichen zu beurteilen ist, liegt in all diesen Fällen unzweifelhaft eine Gewinnentziehung zu Gunsten der Aktionäre vor.

---

1) Borkowsky, Steuerliche Unternehmungspolitik, S. 51; a.M. Bosshard, SAG VIII (1935/36), S. 130

2) vgl. BGE 64 I 398, 82 I 288 sowie Entscheid vom 4. Februar 1946 i.S. EW Luzern-Engelberg (EWLE) c. Kanton Luzern, Obwalden und Nidwalden in FDK-Sammlung der BGer-Entscheide in DB-Fällen 1946, Nr. 3, E.VIII und teilweise bei Locher, Praxis, § 8, IIIB, Nr. 2

IX. Die betragsmässige Erfassung der Gewinnverschiebung

Es ist nicht Aufgabe der vorliegenden Arbeit, den jeweils richtigen Preis für den von den Partnerwerken erzeugten Strom zu finden. Stellt nun aber der von der Gesellschaft vereinnahmte Erlös für den an die Aktionäre gelieferten Strom einen normalen Verkaufserlös dar, wie er sich ergeben würde, wenn der Strom im freien Wettbewerb mit der Konkurrenz verkauft werden könnte? Hätte ein unabhängiger Dritte dieselbe Entschädigung für den anfallenden Strom zu bezahlen? Oder führt die Stromabgabe an die Aktionäre zu einer Verminderung des Gewinnes, der in der Gewinn- und Verlustrechnung normalerweise auszuweisen wäre?

Wir haben bereits wiederholt festgehalten, dass eine Preisabmachung, wie sie bei den hydraulischen Produktionswerken anzutreffen ist, die bloss auf die Gestehungskosten inklusive Aktienkapitalverzinsung abstellt, nicht angemessen ist, weil sie erstens mit fernstehenden Dritten nicht getroffen würde, und zweitens reicht ein Gewinn in der Höhe einer je nach Partnervertrag und Konzessionsbestimmungen verschieden hohen

Dividende[1] und der Einlage in den gesetzlichen Reservefonds im allgemeinen eben nicht aus, ein selbständiges Industrieunternehmen zu erhalten, werden doch auf diese Weise keine frei verfügbaren Reserven gebildet. Die Frage jedoch, was für Werte dem jeweiligen Produktionswerk entzogen werden, die richtigerweise als Erträgnisse seiner Tätigkeit ausgewiesen werden sollten,[2] bereitet den Steuerbehörden besondere Schwierigkeiten. Dies namentlich deshalb, weil bei den hier zur Diskussion stehenden verbundenen Unternehmen die Ueberprüfung der Angemessenheit des Entgeltes für die Stromlieferungen - wegen fehlenden vergleichbaren Marktpreisen - erschwert ist. Bedenkt man zudem, dass in der Beurteilung der Angemessenheit von Leistungen naturgemäss ein weiter Ermessensspielraum liegt, dann wird die Problematik augenfällig.

---

1) Die vielleicht wohl eine angemessene Aktienkapitalverzinsung darstellt, anderseits sich aber auf ein die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ungenügend zum Ausdruck bringendes Grundkapital bezieht.

2) Denn alles was aus der betrieblichen Tätigkeit herausgewirtschaftet wird, ist Gegenstand des Reinertrages. Vgl. Blumenstein, System, S. 119

1. Das Problem

a) Verrechnungspreise bei verbundenen Unternehmungen

aa) Das steuerliche Problem

Im Rahmen der Rechtsordnung besteht grundsätzlich Vertragsfreiheit in Bezug auf die Gestaltung der Liefer- und Abnahmeverträge zwischen verbundenen Gesellschaften. Für die steuerliche Anerkennung ist indes Voraussetzung, dass die Verrechnungspreise auch unabhängigen Dritten gewährt würden, ansonst Gewinnverschiebungen vorliegen. Soweit solche Verrechnungspreise steuerlich nicht anerkannt sind, werden sie demnach als "geldwerte Leistungen" angesehen und wie Gewinnausschüttungen besteuert.

bb) Die steuerlich zulässige untere Grenze

Die Ermittlung der steuerlich zulässigen unteren Grenze der Verrechnungspreise zwischen verbundenen Unternehmen ist weitgehend eine Ermessensfrage. Als solche ist sie von Fall zu Fall auf Grund der besonderen Verhältnisse zu prüfen und kann nicht generell festgelegt werden. Zeitpunkt und Dauer der Energielieferung ist

dabei entscheidend; ob die Preise letztlich aber ungenügend sind, beurteilt sich namentlich auf Grund:

- der an Aktionäre verrechneten Preise im Branchenvergleich,
- der höchsten an Aktionäre verrechneten Preise im Branchenvergleich,
- der höchsten an Nichtaktionäre verrechneten Preise,
- der höchsten an Nichtaktionäre verrechneten Preise im Branchenvergleich,
- der von den Konsumenten bezahlten Preise,
- der von den Konsumenten bezahlten Preise im Branchenvergleich,
- der Gewinnverhältnisse des Abnehmers.[1)]

b) Fehlen eigentlicher Marktpreise

Es ist geradezu typisch, dass nach Gründungsvertrag und Statuten der gesamte in den Partnerwerken erzeugte Strom an die Aktionäre dieser Kraftwerke abgegeben wird.[2)] Der gewonnene Strom wird mit anderen Worten nicht an unabhängige Dritte mit Gewinn oder Verlust verkauft, sondern von den am Produktionswerk beteiligten Unternehmungen zu

---

1) vgl. Widmer, ASA 20, 137
2) vgl. S. 50

den Gestehungskosten bezogen, so dass wegen des Fehlens eines freien Marktes keine eigentlichen Marktpreise für die von den Partnerwerken produzierte elektrische Energie bestehen.[1] Die hierauf gestützte und weitverbreitete Ansicht, dass es folglich auch keinen Marktwert für diesen Strom gebe, geht indes fehl. Im Zeitalter des internationalen Verbundbetriebes ist eine solche Behauptung nicht nur für den Bereich des Energiegrosshandels unhaltbar geworden; denn selbst die Struktur der Tarife für die Detailabgabe ist heute durch die Differenziertheit des Marktwertes der Elektrizität geprägt.

c) Unterschiedliche Gestehungskosten

Die Bedingungen, zu denen die einzelnen Partner die Energie übernehmen,[2] sind einander q u a l i t a t i v sehr ähnlich, anderseits unterscheiden sich die von den Abnehmern bezahlten Preise q u a n t i t a t i v, weil sich der Preis vor allem nach den von Werk zu Werk

---

1) vgl. Saitzew, Partnerwerke, S. 13 u. 47 f.

2) Jahreskosten inklusive angemessene Eigenkapitalverzinsung in Form einer Mindestdividende.

unterschiedlichen Gestehungskosten[1)] richtet.

---

1) Die von den Partnern zu übernehmenden Jahreskosten bestehen zur Hauptsache aus:

- Kosten für den Unterhalt und Betrieb der Anlagen
- Allgemeiner Verwaltungsaufwand
- Obligationen- und Darlehenszinsen (anfänglich Hauptposten)
- Steuern
- Wasserzinsen
- Aufwand für Konzessionsenergie
- Abschreibungen für Erneuerung und Heimfall

= Jahreskosten ohne Reingewinn

+ Dividende (je nach Partnervertrag, Konzessionsbestimmungen etc.)

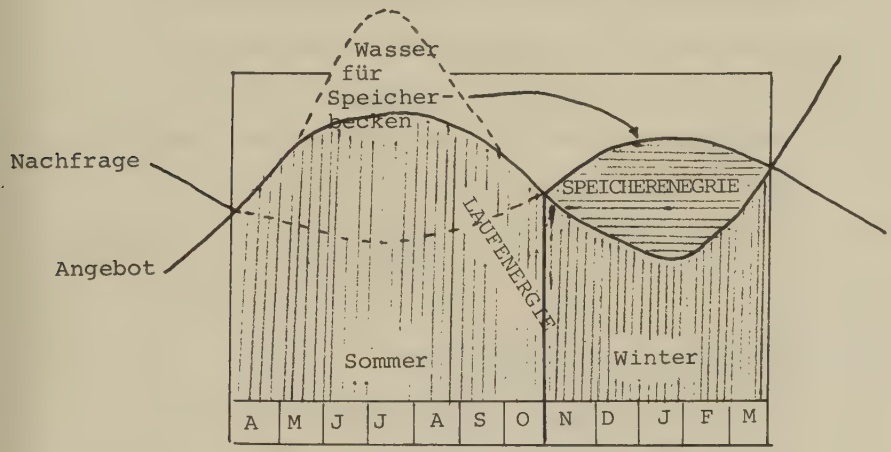
+ Einlage in gesetzliche Reservefonds

= Gesamt-Jahreskosten (von den Partnern im Verhältnis der Aktienkapitalbeteiligung zu übernehmen)

Die Jahreskosten liegen nach Auskunft der kant. Steuerverwaltung Graubünden normalerweise in der Grössenordnung von 7-9 % der Anlagekosten.

d) Unterschiedliche Qualität der produzierten Energie

Der natürliche jährliche Verlauf der Wasserabflussmengen einerseits und der Energiebedarf anderseits zeigen folgendes Bild:[1)]



Die ergiebigsten Wasserabflüsse sind im Sommer, während der Energiebedarf im Winter (Licht und Wärme) am grössten ist.[2)] Diese zeitliche Diskrepanz galt es seit jeher zu überbrücken, und in Ermangelung einer Möglichkeit grosse Mengen elektrischer Energie vom Sommer für den Winter aufzuspeichern, schritt man schon früh zum Bau von Speicherbecken, in denen die grossen Wasserzuflüsse des Sommers für

1) vgl. Töndury-Osirnig, S. 226

2) In Graubünden entfallen beispielsweise auf die Sommermonate Mai bis September ca. 4/5 der jährlichen natürlichen Wasserabflussmengen, auf den langen Winter lediglich 1/5.

den Winter gesammelt werden. Hernach folgte der Ausbau von Pumpspeicherwerken, mit denen zwar keine zusätzliche Energie erzeugt wird, dafür aber mit zwangsläufig anfallender Energie Wasser für Zeiten des Mangels aufgespeichert wird. Damit war man dem Ziel der Veredelung der Energie ein bedeutender Schritt näher gekommen. Und da der Verkaufswert der Energie nicht zuletzt von ihrer Verwendungsbereitschaft und dem Belastungsverlauf abhängt, hat die Bewertung der von den Partnerwerken erzeugten Energie auch entsprechend differenziert zu erfolgen.

aa) Lauf- und Speicherwerkenergie[1)]

Die grossen Schwankungen in der Wasserführung wirken sich stark auf die Energieerzeugung in den hydraulischen Anlagen aus. Deshalb stellt "die aus den Speicherwerken gewonnene Energie ... eine stets zur Verfügung stehende und daher qualitativ hochwertige Reserve in der Energiewirtschaft dar".[2)] Dank der besseren Regulierbarkeit sowie der raschen Einsatzmöglichkeit bei Störungen stellt

---

1) Durch den sog. Verbundbetrieb, d.h. die Kombination von Laufwerk mit Speicherwerk und in zunehmendem Masse auch durch die Einschaltung sog. Pumpspeicherwerke wird die Unausgeglichenheit in der Wasserführung verschiedener Flussgebiete und verschiedener Jahreszeiten teilweise korrigiert. Mit anderen Worten; auf Grund der Tatsache, dass elektrische Energie nicht gespeichert werden kann, wird auf die Speicherung der Wasserkraft zurückgegriffen.

2) Töndury-Osirnig, S. 226

die Speicherenergie eine hochwertige, konsumangepasste Spitzenenergie dar; denn gerade in der jederzeitigen Anzapfmöglichkeit - nach Massgabe des jeweiligen Bedarfes - liegt der Hauptwert der Speicherenergie. Die Kosten für die Erzeugung einer Kilowattstunde Speicherenergie sind jedoch in der Regel auch bedeutend höher als jene für Laufenergie, man denke bloss an die Kosten der mächtigen Staumauern.

bb) Sommer- und Winterenergie

Dem grossen Wasserangebot im Sommer steht eine im Vergleich zum Winter weit bescheidenere Nachfrage nach elektrischer Energie gegenüber. Das preisbestimmende Gesetz von Angebot und Nachfrage verleiht deshalb der Energie "einen um so höheren Wert, je tiefer die Wasserführung der Flüsse im Winter zurückgeht und je höher der Energiebedarf in der dunkeln und kalten Jahreszeit steigt. Daraus ergibt sich, dass der Winteranteil der Erzeugung von Laufwerken, also die Winterlaufenergie, an sich einen geringeren Wert aufweist als Winterspeicherenergie. Ueberdies ist diese Winterlaufenergie umso minderwertiger, je grösser der Rückgang im trockensten Monat wird und auch je schärfer der ausgenützte Flusslauf in trockenen Jahren vom allgemeinen Wassermangel betroffen wird ..."[1] Keinesfalls darf heute aber die Winterlaufenergie generell als minderwertig bezeichnet werden; denn gerade in der Nähe

---

1) Niesz, Die Notwendigkeit der Beschaffung von Winter-Speicherenergie, Vortrag vom 27. November 1945 in der Kommission Wasser und Energie" der Schweizerischen Landesplanungskommission, entnommen aus Töndury-Osirnig, S. 240

grosser Konsumgebiete stellt sie zweifellos ebenfalls eine sehr wertvolle Energie dar. Der stets disponiblen Winterspeicherenergie kommt indes "ein umso höherer Wert zu, je mehr sie in den Monaten des höchsten Bedarfes und in den Jahren der grössten Trockenheit verfügbar bleibt".[1)]

In diesem Zusammenhang ist ebenso darauf hinzuweisen, dass nicht nur die saisonalen Schwankungen im natürlichen Wasserangebot, sondern auch die vorgeschriebenen konzessionsbedingten Restmengen an Wasser den Strompreis eines Produktionswerkes beeinflussen.

cc) Spitzen- und Normalbedarfsenergie

Der Zeitpunkt der Erzeugung der in energiewirtschaftlich bedeutsamen Mengen nicht speicherbaren Elektrizität wird einseitig durch den Konsumenten mit einer einfachen Schalterdrehung festgelegt. Dies zwingt den Stromproduzenten zu einer dem maximalen Verbrauch genügenden Vorratshaltung. Und da der Belastungsverlauf eines Ortsnetzes auch eine deutliche Periodizität der durch die Lebensgewohnheiten bedingten Verbrauchsschwankungen innerhalb eines Tages erkennen lässt, erfährt der Verkaufswert der produzierten Energie eine zusätzliche

---

1) Niesz, a.a.O., S. 240

Abstufung nach Hochtarif- oder Starklastzeit bzw. Niedertarif- oder Schwachlastzeit.

Leistungsbereitstellung und Belastungsverlauf sind für die Kostensituation eines Elektrizitätsunternehmens höchst bedeutsam, zwingen sie doch zur Vorratshaltung von hohen Fixkosten verursachender Maschinen- und Uebertragungsleistung sowie Speicheranlagen. Daraus erhellt, dass der Wert einer bestimmten Energiemenge ganz verschieden ist, je nach Grösse des Anteiles, dessen Produktion auf die Zeitintervalle der höchsten Leistungsanforderungen seitens der Verbraucher konzentriert werden kann.

2. Gegenüberstellung des Marktwertes der Produktion mit den Jahreskostenvergütungen der Aktionäre

Wir haben verschiedentlich festgehalten, dass die hydraulischen Produktionswerke fernstehenden Dritten den von ihnen erzeugten Strom niemals zu denselben Bedingungen abgeben würden wie ihren Partnern, fragen jedoch, ob die in den Erfolgsrechnungen der Partnerwerkgesellschaften unter dem Titel "Jahreskostenvergütung der Aktionäre" oder dergleichen verbuchten Einnahmen zu den wirtschaftlichen Leistungen, die diese Produktionsunternehmungen ihren Aktionären mit der Ueberlassung der gesamten nutzbaren Produktion erbringen, in einer wertmässig vertretbaren Relation stehen. Vom betriebswirtschaftlichen Standpunkt aus ist diese Frage nur durch eine Gegenüberstellung des Marktwertes der Produktion mit der Jahreskostenvergütung der Aktionäre zu beantworten.

Die Sollverzinsung des Aktienkapitals ist bekanntlich Ausgangspunkt bei der Berechnung der Aktionärsvergütung.[1] Hinzu kommen die Kosten betreffend die Verzinsung des Fremdkapitals, die Abschreibungen, den Ankauf von Pumpenantriebsenergie, die Steuern und andere öffentliche Abgaben, die Personal- und

---

1) In der Regel wird sie mit ½ bis 1 % über dem jeweiligen mittleren Zinsfuss für Kraftwerkanleihen angesetzt.

Betriebskosten etc. Hieraus erhellt, dass:

- bei den als Partnerwerke, mit oder ohne private Beteiligung, organisierten Kraftwerke [1]

  der ausgewiesene Erfolg primär in keiner ursächlichen Beziehung zum Marktwert der von ihnen mit der Energieproduktion erbrachten wirtschaftlichen Leistung steht;

- bei den als Betriebsstätten organisierten Kraftwerke[2],

  die in keine eigene juristische Person eingekleidet sind, Ausführungen, ob inskünftig der Rohertrag solcher Anlagen nach dem Marktwert der den Partnern durch die Ueberlassung der Energieproduktion erbrachten wirtschaftlichen Leistung zu bemessen sei, sich erübrigen, da die Besteuerung dieser Werke im Rahmen der interkantonalen Steuerausscheidung zu behandeln ist;

- bei den als w i r t s c h a f t l i c h selbständige Aktiengesellschaften arbeitenden Kraftwerkunternehmen 3)

  die wirtschaftlichen Leistungen zu Marktpreisen an unabhängige Dritte und nicht zu Vorzugsbedingungen an die Aktionäre erbracht werden. Es stellen sich demnach hier keine speziellen Veranlagungsprobleme, da sich das Steuersubstrat mit dem üblichen Verfahren aus der Buchhaltung ermitteln lässt.

- bei den als reine Gemeinde-Werke organisierten Kraftwerken

  Ausführungen, ob der erzeugte Strom nicht zu Vorzugsbedingungen an die gemeindeeigenen Bezüger abgegeben wird, sich erübrigen, da sie der Ertragsbesteuerung sowieso nicht unterstehen.

---

1) vgl. S. 46

2) Beispielsweise die Anlagen des EW der Stadt Zürich in Graubünden

3) So etwa die Kraftwerke Brusio AG. Aber auch die AG Bündner

Das Abstellen auf die in der Erfolgsrechnung von Partnerwerken ausgewiesenen Jahreskostenvergütungen der stromabnehmenden Aktionäre für die Ermittlung des Rohertrages aus dem Energiegeschäft erscheint offensichtlich revisionsbedürftig, da zwischen ausgewiesenem Erfolg und Marktwert der vom Produktionswerk erbrachten Leistungen kein kausaler Zusammenhang besteht. Wir wenden uns deshalb dem Problem der betriebs- und energiewirtschaftlich richtigen Ermittlung des Marktwertes des für die Partner erzeugten Stromes zu.

Kraftwerke (BK) geben einen bedeutenden und stets wachsenden Anteil ihrer Produktion in eigenen Absatzmärkten zu Detailtarifen und im Rahmen von langfristigen Verträgen zu Marktpreisen an die Einphasenenergiebezüger SBB und RhB, welche nicht Aktionäre der BK sind, ab.

3. Die Bewertung der an die Partner abgetretenen Energie

Weil die Gefahr besteht, dass die Partnerwerke unter dem Deckmantel des Fehlens eines Energiemarktes Gewinne an die Partner verschieben, sind Leistung und Gegenleistung stets auf ihre marktmässige Richtigkeit hin zu überprüfen. Dabei muss nach der Vergütung gesucht werden, die unter vergleichbaren Umständen zwischen unabhängigen Personen oder Gesellschaften üblich wäre. Mit anderen Worten: Ausgangspunkt ist das Abstellen auf das Normale, d.h. Ueberprüfung beziehungsweise Vergleich mit marktmässigen Verhältnissen. Es müssen also Preise in Rechnung gezogen werden, die die Partner für Strombezüge von Nichtgesellschaftern in der gleichen Gegend zu bezahlen hätten.

a) Rückschlüsse aus marktkonformen Preisen

Dass die Stromabgabe an die am Werk beteiligten Unternehmen nicht zu marktkonformen Preisen erfolgt, wurde wiederholt festgehalten. Energielieferungen zwischen den einzelnen Partnern werden jedoch meist "zu Preisen, die sich nach der momentanen Lage auf dem Energiemarkte und nach der Dringlichkeit dieser Käufe und Verkäufe"[1] getätigt. Es

---

1) Saitzew, Partnerwerke, S. 13

stellt sich deshalb die Frage: kann für die Bewertung der Stromlieferungen der Partnerwerke an ihre Partner auf die Preise der Energielieferungen zwischen den einzelnen Partnern oder vom Partner bzw. Partnerwerk an Dritte zurückgegriffen werden? "Infolge der naturgegebenen Verhältnisse hat jede Werkgruppe, ja selbst jedes einzelne Werk seine Eigenart und kann kaum mit anderen verglichen werden. Da das Bedürfnis nach Vergleichen aber doch vorliegt, muss man sich bewusst bleiben, dass sie keinen absoluten Wert haben und daher Vorsicht und grösste Objektivität am Platze ist".[1] Ein Vergleich der Uebernahmepreise ist deshalb nur zulässig, wenn es sich um Werke handelt, die Energie gleicher Art produzieren oder wenn man die verschiedene Qualität der Energie auf einen gemeinsamen Nenner bringt. Denn zwischen Winter- und Sommerenergie sowie Winterenergie aus Speicherwerken, die je nach Bedarf nur in Spitzenzeiten erzeugt werden kann und Winterenergie aus Laufwerken, die von der Witterung und der Wasserführung abhängt, besteht ein grosser Unterschied. Wenn die zu vergleichenden Stromlieferungen zudem nicht in der gleichen Gegend wie die Stromabgabe des Partnerwerkes liegen, dann dürfen die Preise zwischen den einzelnen Partnern oder Partner und Dritte bzw. Produktionswerk und Dritte nur unter dem Vorbehalt Verwendung

---

1) Töndury-Osirnig, S. 239

finden, dass für Uebertragungskosten und Energieverlust infolge Uebertragung[1] entsprechende Korrekturen angebracht werden.

Die Praxis zeigt nun jedoch, dass infolge der weitreichenden Beteiligungsverhältnisse und des ausgeprägten Verbundbetriebes die Partner untereinander sog. Kreisgeschäfte tätigen. Entgegen der Behauptung von Saitzew[2] wird hier die Energie zwischen den einzelnen Partnern nicht zum eigentlichen Marktwert gehandelt, sondern zu Verrechnungspreisen, die einem unabhängigen Wiederverkäufer oder Konsumenten nicht zugestanden werden. In der hydraulischen Energiewirtschaft herrschen eben derart komplexe Abhänigkeitsverhältnisse, dass ein marktmässiges Verhalten wenn irgendwie nur möglich bewusst vermieden wird. Rückschlüsse aus den Preisen allfälliger Energielieferungen

- zwischen den einzelnen Partnern
  oder
- der Partner an Dritte
  oder gar
- der Partnerwerke an Dritte

werden deshalb nur dann befriedigend ausfallen, wenn sie auf Preisen basieren, die den effektiven Marktwert zum Ausdruck bringen.

---

1) Durchschnittlich 10-12 %

2) vgl. S. 125 FN 1

b) Thermische Produktionskosten als Richtwert?

Der Strombedarf eines zusammenhängenden Versorgungsgebietes, wie es etwa die Staaten Westeuropas[1] darstellen, kann nur teilweise durch Wasserkraftwerke gedeckt werden. Der andere Teil muss thermisch bereitgestellt werden. Der thermischen Stromerzeugung kommt dabei im Rahmen der Zusammenarbeit mit hydraulischen Energiequellen die Rolle der Reserve- und Ergänzungsproduktion zu; denn nur das Wärmekraftwerk ist dank seines beliebig dimensionierbaren Primärenergievorrates[2] in der Lage, jede gewünschte Belastungskurve abzufahren. Mit anderen Worten bedeutet dies, dass die thermische Stromproduktion die hydraulische grundsätzlich ersetzen kann, umgekehrt jedoch nur bedingt. Wenn also in einem bestimmten Versorgungsgebiet auf Grund der bestehenden Wärmekraftwerkanlagen die thermische Stromerzeugung die hydraulische ersetzen könnte, dann richtet sich der Marktwert der hydraulischen Energie nach den thermischen Produktionskosten.

---

1) Die 1951 gegründete Union für die Koordinierung der Erzeugung und des Transportes elektrischer Energie (UCPTE) bezweckt u.a. die Zusammenarbeit im Parallelbetrieb zwischen den Netzen der beteiligten Staaten, wobei die Schweiz bekanntlich ein sehr aktives Mitglied ist.

2) Die Primärenergieform Wasserkraft ist entweder überhaupt nicht (Flusskraftwerke) oder nur in natürlich begrenztem Umfange durch Anlegung von Staubecken speicherbar.

Die Richtigkeit dieser These wird durch die schweizerische Entwicklung auf dem Energiemarkt eindrücklich belegt. Solange in der Schweiz ein Vorrat an - gemessen an den thermischen Produktionskosten - billiger Hydroelektrizität vorhanden war, herrschten in unserem Lande vergleichsweise tiefe Strompreise. Als diese Zeit vorbei war, haben sich die Grosshandelspreise für Elektrizität wie auch die Tarife der Detailenergieabgabe sowohl absolut als auch strukturell[1] dem thermischen Niveau angenähert. Dafür waren einerseits die stark gestiegenen Kosten für neue Hydroelektrizität, anderseits die intensiv ausgebauten Hochspannungsverbindungen mit den Nachbarländern verantwortlich; denn erst dieser gut organisierte Verbundbetrieb über die Landesgrenzen hinweg hat die technischen Voraussetzungen für die wirksame Konkurrenz der thermisch erzeugten Elektrizität in der Schweiz schon vor der Erstellung von grossen inländischen Wärmekraftwerken ermöglicht. Der Marktwert für elektrische Energie wird zudem von der stets steigenden Nachfrage und der zunehmenden Veredelung durch Pumpspeicherwerke beeinflusst, aber nur so lange nicht über das Kostenniveau der thermischen Erzeugung hinauswachsen, als die Stromver-

---

1) Die strukturelle Aenderung zeigt sich vorab in einer zunehmenden Verringerung der Preisdifferenz zwischen Winter- und Sommerenergie und einer gleichzeitigen Vergrösserung des Preisunterschiedes zwischen Stark- und Schwachlastzeit.

sorgung nicht durch teuere Wasserkraftwerke gesichert werden muss. Damit werden die thermischen Produktionskosten zum Bewertungsmasstab für elektrische Energie jeglicher Provenienz erhoben.[1] Doch ist zu beachten, dass nur die in trockenen Jahren auch noch verfügbare Erzeugung die Bewertung mit den vollen Kosten einer thermischen Ersatzproduktion verdient, während die im Mittel der Jahre darüber hinaus erzielbare Mehrerzeugung als nicht jederzeit gesicherter Anteil ein Produkt geringeren Wertes darstellt.

c) Die höchsten an Aktionäre verrechneten Kosten im Branchenvergleich als Richtwert

Besteht im Steuerrecht Ungewissheit in Bezug auf einen wirtschaftlichen Wert und können die Unsicherheiten nicht etwa durch Vergleichwerte oder Erfahrungszahlen beseitigt werden, müssen Schätzungen Platz greifen.[2]

Die vom Produktionswerk erzeugte Energie bedarf keiner weiteren Verarbeitung durch die Partner. Sie erfährt demnach auch keine Verteuerung durch zusätzliche Pro-

---

1) In der Literatur wird diese Bewertungsmethode thermisches Ausleseverfahren genannt, das in den über eine breite thermische Prodkutionsbasis verfügenden Ländern (z.B. Grossbritannien und Bundesrepublik Deutschland) für die Investitionsplanung seit jeher zur Anwendung kommt.

2) vgl. ASA 17, 60; 19, 287 u. 336; 31, 488

duktionskosten, sondern lediglich im Rahmen neuer Betriebsausgaben. Und da die Partner, ausser einem Verteilungsnetz, keiner sonstigen kostspieligen Anlagen bedürfen, sind die bei ihnen - im Vergleich zu denjenigen bei den Partnerwerken - anfallenden Kosten bescheiden. Wie lässt sich nun aber die Tatsache erklären, dass der Konsument am Schluss für dieselbe Energie ein Mehrfaches der Vergütung des Partners bezahlt ?

Die Partner sind in der Regel Abnehmer verschiedener Produktionswerke und handeln die bezogene Energie zu einem sogenannten Mischpreis, dessen Grundlage die einzelnen Bezugskosten bei den verschiedenen Produktionswerken bilden. Nun ist es jedoch nicht so, dass im Sinne einer Mischrechnung gesagt wird, soundso viel Bezugsenergie zu x-Rappen einerseits und soundso viel Bezugsenergie zu y-Rappen anderseits ergibt Energie zum Mischpreis z. Vielmehr dienen die Gestehungskosten der teuersten Werke als Richtpreis. Würde nämlich im Sinne einer reinen Mischrechnung vorgegangen, dann wären alle jene Produktionswerke, welche zu höheren Gestehungskosten produzieren als der Wiederverkaufspreis bzw. als der Verrechnungspreis des Partners, Defizitbetriebe. Allein

die Tatsache, dass auch die kostspieligsten Werke seit Jahrzehnten im Betrieb sind, spricht dafür, dass auch diese Werke zumindest kostendeckend produzieren müssen; denn kein Industriebetrieb könnte sich als Defizitbetrieb über Jahre hinweg halten.

Diese These stützen auch einige der in jüngster Zeit der Oeffentlichkeit bekanntgegebenen Ausbauprojekte von Wasserkraftwerken.[1] Dies trifft namentlich auf die im Wasserschloss Graubünden von den Nordostschweizerischen Wasserkraftwerke AG (NOK) geplanten beiden Speicherwerke im Raum Ilanz zu, wo mit Entstehungskosten von 9.11 Rappen gerechnet wird.[2] Dieser Preis übersteigt beispielsweise bei weitem die Produktionskosten des heute im Kanton Graubünden teuersten hydraulischen Speicherwerkes, der Engadiner Kraftwerke AG.[3] Dass dennoch ernsthafte Pläne bestehen, Werke mit derartigen Gestehungspreisen zu realisieren, kann nur damit erklärt werden, dass der Marktwert der elektrischen Energie bereits heute zumindest im Bereich

---

1) u.a. Erweiterung der Kraftwerke Zervreila/GR; die Nutzung der im Konzessionsbereich der NOK am Vorderrhein gelegenen Stufen Tavanasa-Ilanz und Panix-Ilanz; die durch die Elektrowatt AG projektierte Nutzung des Bündner Rheins zwischen Domat/Ems und Fläsch durch sieben Flusskraftwerke sowie etwa die Projekte der AG Bündner Kraftwerke (BK) über den Ausbau der Landquart.

2) vgl. Bündner Zeitung vom 28. Sept. 1977, S. 3

3) zwischen 5-6 Rp/kWh

der höchsten an Aktionäre verrechneten Kosten im Branchenvergleich liegen muss.

Mit guten Gründen können deshalb die höchsten an Aktionäre verrechneten Kosten im Branchenvergleich als Richtgrösse für die Bewertung der an die Partner abgetretenen Energie dienen. Denn allein ein Vergleich zwischen den Produktionskosten der bestehenden und der projektierten Wasserkraftwerke beweist zumindest, dass die Energie der heute teuersten hydraulischen Werke immer noch wirtschaftlich sein muss. Der vielfach zu hörende Einwand, die Verwendung der in den sog. teuren Werken produzierten elektrischen Energie sei nur dank der Vermischung mit den kostengünstigen Bezügen aus anderen Werken möglich, hinkt; denn eine jede Unternehmung, die nicht kostendeckend produziert, müsste aus rein betriebswirtschaftlichen Gründen früher oder später ihre Tore schliessen. Geschweige denn, man plane in jüngster Zeit gar den Bau defizitärer Werke! Wenn den Elektrizitätsgesellschaften auch eine grundsätzliche Versorgungsfunktion und damit eine nicht zu bestreitende volkswirtschaftliche Bedeutung zukommt, sind auch sie vom allgemeinen Kosten-Nutzen-Denken beherrscht.

Für die Bewertung der vom Partnerwerk an die Partner abgegebenen Energie kann demnach, ohne in Willkür zu verfallen, von den Gestehungskosten des teuersten Werkes, unter Berücksichtigung der qualitativen Verschiedenheit der produzierten Energie, ausgegangen werden. Auf diese Art kann der Ertrag, auf den ein Produktionswerk zugunsten seiner Aktionäre verzichtet, geschätzt werden.[1)]

---

1) So hält namentlich auch das Bundesgericht im Entscheid 96 I 569ff. fest, der Ertrag auf den ein nicht gewinnstrebiges Unternehmen verzichte, könne annähernd geschätzt werden.

X. Steuerliche Korrekturbehelfe

Geht man von der Unabhängigkeit des Partnerwerkes als juristischer Person aus, so sind die geschäftlichen Beziehungen zwischen verbundenen Gesellschaften steuerlich unter den obersten Grundsatz des "dealing at arm's length" zu stellen und unter diesem Gesichtspunkt zu prüfen und zu würdigen, ungeachtet ob ein Vergleich mit zwischen unabhängigen Unternehmungen abgeschlossenen Geschäften zu finden ist. Die marktmässige Erfassung der vom Produktionswerk erzeugten elektrischen Energie ist für die Besteuerung vor allem deswegen von Bedeutung, weil "das Prinzip der Bemessung der Steuer nach der Leistungsfähigkeit allseitige Anerkennung gefunden hat".[1)]

1. Gewinnaufrechnung

Den Steuerbehörden muss es vorbehalten bleiben, die Ertragsverhältnisse bei einem Produktionswerk anders zu beurteilen, als sie nach den Vereinbarungen zwischen Werk und den wirtschaftlichen Vermögensinhabern, den Partnern, erscheinen. Denn der Steuerrechtler muss die AG Partnerwerk als eine

---

1) Vallender, S. 81

marktmässig betriebene Unternehmung behandeln und im Werk und Partner demnach zwei sich fremd gegenüberstehende Personen sehen. Danach hat sich der Geschäftsverkehr in bezug auf das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung so zu gestalten, als wären diese Unternehmen wirtschaftlich voneinander unabhängig. Daher sind "Vereinbarungen, die einen teilweisen oder völligen Gewinnausschluss bewirken, mögen sie bei der Gründung abgeschlossen und in den Statuten enthalten oder erst später mit Lieferungs- und Kaufverträgen verbunden worden sein, ... steuerlich nicht zu beachten. Es ist darin eine Gewinnverfügung, eine Verwendung von Geschaftsergebnissen zu Gunsten der Aktionäre zu erblicken".[1] Diese auf der Grundlage der wirtschaftlichen Betrachtungsweise beruhende Einschränkung der Bindung des Steuerrechts an die gewählte Privatrechtskonstruktion, rechtfertigt sich damit, dass die Partner ihre tatsächliche Herrschaft über das Produktionswerk dazu missbrauchen, durch eine mit kaufmännischen Grundsätzen nicht vereinbare Bewertung der gegenseitigen Leistungen, den Gewinn des Werkes bewusst niedrig zu halten, was bei Kontrahierung mit unabhängigen Dritten niemals der Fall wäre und demnach zu einer ungerechtfertig-

---

1) Widmer, ASA 20, 133

ten Gewinnverschiebung führt. Diese Gewinnbeschränkung ist den Partnerwerken bereits in den Statuten mit der Absicht auferlegt worden, die Partner (Aktionäre) auf Kosten des Produktionswerkes zu begünstigen.

Sich über die Gewinnausschlussabrede hinwegzusetzen, würde bedeuten, dass man die gewinnstrebenden gegenüber den nicht gewinnstrebenden Kapitalgesellschaften benachteiligen würde. Ein innerer Grund für eine prinzipielle Andersbehandlung der Kapitalgesellschaft Partnerwerk und der Kapitalgesellschaft als Hauptunternehmung lässt sich indes nicht finden, sodass dem Produktionswerk die nicht gutgeschriebenen Einkünfte auf dem Weg der Gewinnaufrechnung zu übertragen sind.[1)]

---

1) Rechtlich stützt sich diese Forderung auf den Grundsatz der steuerlichen Erfassung unbegründeter Kürzungen von Erlösen.

2. Einheitliche Gewinnermittlung

Da die Bewertung der von den Partnerwerken erzeugten Energie wegen den besonderen Branchenverhältnissen mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist, kann der Korrekturbehelf der Gewinnaufrechnung nicht immer befriedigen. Anderseits kann ohne jede Willkür zumindest dann eine künstliche Gewinnverschiebung angenommen werden, wenn das Produktionswerk den erzeugten Strom an die Partner-Hauptniederlassung oder - was unbestrittenermassen als wirtschaftlich und rechtlich gleichbedeutend betrachtet werden dürfte - an die Partner-Tochtergesellschaft zu den Gestehungskosten liefert, weil ein solcher Preisvorteil unter kaufmännischen Grundsätzen fernstehenden Personen niemals gewährt würde und sich mittlerweile als allgemeiner Korrekturbehelf durchgesetzt hat. Deshalb drängt sich die Lösung auf: d e n G e w i n n d e s P r o d u k t i o n s w e r k e s u n d d e r A b n e h m e r g e s e l l s c h a f t a l s E i n h e i t z u e r m i t t e l n u n d n a c h ä h n l i c h e n G r u n d s ä t z e n, w i e s i e f ü r d i e D o p p e l b e s t e u e r u n g g e l t e n, a u f z u t e i l e n.[1] Damit könnten allfällige Gewinnverschiebungen neutralisiert und die Benachteiligung des

---

1) vgl. Widmer, ASA 20, 137
Im Kanton Graubünden könnte sich diese Regelung sogar auf Art. 2 Abs. 2 StG: "Werden für den Abschluss von Rechtsgeschäften Rechtsnormen gewählt, die dem wirtschaftlichen Tatbestand offensichtlich nicht entsprechen,so sind die Steuern nach Massgabe des letzteren zu erheben", stützen.

Fiskus am Produktionsort vermieden werden. Unter Berücksichtigung der tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse erscheint es nämlich als richtig, dass die Gewinne aus den Wasserkräften auf diese Weise dem Ort, dem sie entspringen zur Besteuerung zugewiesen werden.[1] Diese Bindung ist sachlicher Art und rechtfertigt sich um so mehr, als "in Steuersachen aller Regel nach mehr die Natur der Sache als die äussere Form" berücksichtigt werden soll, beziehungsweise "mehr auf die wirtschaftliche Bedeutung, als auf die rechtliche Erscheinung der Tatsachen"[2] abzustellen ist. "Aus den Grundsätzen der Rechtsgleichheit und der Besteuerung nach der subjektiven Leistungsfähigkeit ergibt sich, dass sich das Steuerrecht grundsätzlich mit wirtschaftlichen Erscheinungen befassen muss".[3]

---

1) vgl. Studer, Zur Fortentwicklung des interkantonalen Doppelbesteuerungsrechts, ASA 38, 85

2) BGE 45 I 26 sowie 46 I 184

3) Höhn, ASA 31, 480

Das Bundesgericht betrachtet im interkantonalen Verhältnis mit dem Hinweis auf triftige sachliche Gründe, auch ohne dass der Tatbestand der Steuerumgehung verwirklicht ist, die wirtschaftliche Betrachtungsweise als massgeblich.[1] Die Bemühungen, die Partnerwerke aufgrund ihrer effektiven wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und nicht nach der ungewöhnlichen zivilrechtlichen Gestaltung der Verhältnisse zu veranlagen, sind denn auch durchwegs ernsthafter und triftiger Natur. "Der falsch verstandene Kreuzzug gegen die wirtschaftliche Betrachtungsweise hat ohne Zweifel nachteilige Auswirkungen auf die Entwicklung des schweizerischen Steuerrechts gehabt"[2] und nicht zuletzt auch dazu beigetragen, dass in der Stromabgabe zu den Gestehungskosten an die Aktionäre kein ungewöhnliches Verhalten gesehen wurde.

Die einheitliche Gewinnermittlung ist aber auch vor BV Art. 4 haltbar; denn unter dem Gesichtspunkt des dort verankerten Willkürverbotes ist lediglich erforderlich, dass für eine sogenannte wirtschaftliche Betrachtungsweise triftige sach-

---

1) vgl. BGer-Entscheid vom 17. September 1969 in ASA 39, 183 sowie BGE 91 I 471 und 85 I 99 mit Verweisen auf frühere Entscheide.

2) Känzig, Wehrsteuer, S. 12

liche Gründe bestehen,[1] was angesichts der Tatsache, dass für die abgetretene Energie keine Marktpriese bestehen und Beziehungen zwischen den Partnern und den Partnerwerken als branchenkonform angesehen werden, die in andern Wirtschaftszweigen und in der Wirtschaft im allgemeinen als ungewöhnlich bezeichnet werden, durchaus der Fall ist.

Die Einheitsbesteuerung würde zudem auch der besonderen Leistungskraft Rechnung tragen, die in der Zusammenfassung einer Mehrzahl rechtlich selbständiger Einzelunternehmungen zu einer Wirtschaftseinheit besteht[2] und nicht zuletzt gerade deshalb ein idealer Korrekturbehelf darstellen.

---

1) vgl. BGE 99 Ia 463, 96 I 118, 79 I 19, 46 I 184; ASA 15, 233 und 13, 507 sowie Entscheid vom 6. März 1974 i.S. Peikert c. RK der Stadt Zug, teilweise publiziert in StR 29, 301

2) vgl. Känzig, Künftige fiskalische Belastung, S. 41

DRITTER TEIL: DIE FRAGE EINER SONDERBEHANDLUNG DER PARTNERWERKE

I. Vorbemerkung

Wenn man bedenkt, dass die Steuerpolitik mehr als andere Gebiete der Verwaltung und Gesetzgebung ein steter Kampf zwischen dem Einnahmen suchenden Staate einerseits und den aufs Korn genommenen Steuersubjekten anderseits ist[1] und letztlich durch politische Entscheidungen bestimmt wird,[2] dann braucht hier nicht näher dargelegt zu werden wie schwierig eine alle Seiten befriedigende Lösung ist.

Unternehmungen, die auf grössere Gewinne verzichten, sind keinesfalls unerwünscht. Wenn jedoch der Verzicht den am Unternehmen beteiligten Gruppen zu gute kommt und damit direkt oder indirekt den Gewinn des Gesamtunternehmens erhöht, so entspricht es dem Wesen und Grundgedanken unseres föderalistischen Steuersystems, derartige Gewinnverschiebungen dem Ort, dem sie entspringen, zur Besteuerung zuzuweisen. Vermag die herkömmliche Besteuerungsart bei den hydraulischen Partnerwerken indes überhaupt zu befriedigen? Unsere Steuergesetze beruhen auf der Annahme, dass der Steuerpflichtige Gewinn erzielen will, während die Produktions-

---

1) vgl. Grossmann, S. 299 ff.

2) vgl. Ochsner, S. 28; Pra. 1974, Nr. 113, S. 342 und dort zit. Lit.

werke der Elektrizitätswirtschaft bewusst darauf ausgehen, keinen oder lediglich einen unbedeutenden Gewinn zu erzielen. Hieraus erhellt, dass namentlich die traditionelle Gewinnbesteuerung für die Erfassung der nicht gewinnstrebigen Partnerwerke keineswegs geeignet erscheint, sodass sich die Frage einer Sonderbehandlung geradezu aufdrängt. Dies um so mehr, als die Kantone in der Wahl ihres Steuersystems grundsätzlich frei sind[1)] und es in der vorliegenden Arbeit u.a. auch um die Frage der Steuergerechtigkeit und damit um die Forderung nach Anpassung der Steuerbelastung der hydraulischen Produktionswerke an die effektive wirtschaftliche Leistungsfähigkeit geht.

---

1) vgl. BGE 94 I 40

II. Kantonale Besteuerung

1. Voraussetzungen

"Grundsätzlich kann jede nicht gemäss BV dem Bund vorbehaltene Steuer von den Kantonen ohne ausdrückliche Verfassungsgrundlage erhoben werden".[1] Gemäss der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtes bedarf aber jede Besteuerung einer klaren gesetzlichen Grundlage und zwar im Sinne generell-abstrakter Normen.[2] Sie muss zudem im öffentlichen Interesse erfolgen sowie in einem vernünftigen Verhältnis zum erfolgten Zweck stehen[3] und darf grundsätzlich nicht rückwirkend eingeführt werden.[4]

---

1) Höhn, Steuerrecht, S. 10

2) vgl. Imboden/Rhinow, Bd. 1, Nr. 59 u. 113; Ochsner, S. 23 FN 6; Giacometti, S. 246 ff.; Grisel, S. 164 ff. sowie Schwarzenbach, S. 72 ff.

3) Statt vieler: Zaugg, ZBl 74 (1973), S. 218; Hensel, S. 25; Imboden/Rhinow, Bd. 1, Nr. 59 sowie Grisel, S. 398 ff.

4) Eine rückwirkende Belastung der Bürger durch Steuergesetze ist nur zulässig, wenn sie ausdrücklich angeordnet oder nach dem Sinn des Erlasses klar gewollt ist, in zeitlicher Hinsicht mässig ist, zu keinen stossenden Rechtsungleichheiten führt, sich durch triftige Gründe rechtfertigen lässt und nicht in wohlerworbene Rechte eingreift. Vgl. etwa: Zuppinger, StR 29 (1974), S. 300; Ochsner, S. 24; Imboden/Rhinow, Bd. 1, Nr. 26 f.; Grisel, S. 399 sowie BGE 101 Ia 83 ff. und 95 I 9 bzw. 94 I 5 mit Verweisungen.

2. Die Verfassung als Schranke[1)]

Die Gesetzesmässigkeit der Besteuerung ist ein Postulat des Rechtsstaates.[2)] Die Verfassung, die als staatliche Grundordnung das Leben der Rechtsgemeinschaft umfassend bestimmt, stellt dem kantonalen Steuergesetzgeber - dem die Steuerhoheit auf Grund von BV Art. 3 grundsätzlich zusteht - jedoch u.a. folgende Schranken:[3)]

- BV 3 i.V.m. konkreten Kompetenzartikeln (beispielsweise BV 41bis Abs. 2 und 41ter Abs. 3)
- Doppelbesteuerungsverbot (BV 46 Abs. 2)
- übrige verfassungsmässige Rechte:
  - Rechtsgleichheit (BV 4)
  - Eigentumsgarantie (BV 22ter)
  - Handels- und Gewerbefreiheit (BV 31 Abs. 2)
  - Glaubens- und Gewissensfreiheit (BV 49 Abs. 6)
- Verbot von Steuerabkommen (BV 42quater)
- Vorrang des Bundesrechts (Art. 2 der Uebergangsbestimmungen zur BV).

Kein selbständiges verfassungsmässiges Recht stellt die Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit dar.[4)] Das Bundesgericht gewährt Schutz nur im Rahmen des Willkürverbotes.[5)]

---

1) Das Steuerrecht ist Teil des Verwaltungsrechts und somit dem Verfassungsrecht unterstellt. Statt vieler Blumenstein, System, S. 6 ff.; Höhn, Steuerrecht, S. 11 ff.; Reimann/Zuppinger/Schärrer, Bd. 4, S. 92 f. N. 16 und dort zit. Literatur.

2) vgl. Blumenstein, Gesetzmässige Verwaltung, S. 321 ff.; Imboden, Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, S. 3 ff. sowie Giacometti, insbes. S. 226 - 295

3) vgl. Höhn, Steuerrecht, S. 11 ff. und Ochsner, S. 24 ff.

4) BV Art. 41ter Abs. 5 lit. a

5) vgl. BGE 90 I 149 bzw. ASA 34, 175

3. Die Lösung im geltenden Steuerrecht

Soweit im geltenden schweizerischen Steuerrecht eine Sonderbehandlung der nicht gewinnstrebigen Unternehmungen stattfindet, erfolgt diese in der Form der Minimalsteuer.[1] Vorerst war ihr jedoch kein Erfolg beschieden,[2] und noch heute ist sie ein Politikum. Dass sie dennoch in verschiedenen Kantonen anzutreffen ist,[3] ist nicht zuletzt auf die Expertenkommission für die Motion Piller[4] zurückzuführen, die in ihrem Bericht zum Schluss kam: "Das geltende Recht verunmöglicht eine grundsätzlich angemessene Besteuerung der von juristischen Personen getragenen nicht gewinnstrebigen Unternehmungen"[5] und deshalb empfahl: "Für alle juristischen Personen ist eine Minimalsteuer einzuführen, die auf die ordentlichen Steuern vom Reinertrag und vom Eigenkapital angerechnet werden kann".[6]

---

1) Die Minimalsteuer dient nämlich nicht bloss einem fiskalischen Zweck, sondern soll zudem eine wenigstens minimale gleichmässige Belastung der Unternehmungen bewirken. Vgl. BGE 92 I 439 und 443

2) vgl. die st.gallische Warenhaussteuer von 1919 und die Glarner Minimalsteuer von 1934, beide vom Bundesgericht wegen Verstoss gegen BV 4 und 31 für verfassungswidrig erklärt (BGE 45 I 347 ff. und 61 I 321 ff.)

3) VD Art. 62-66 StG; VS Art. 47-49 StG; TG §§58-60 StG; AI Art. 58-62 StG; BS §77b StG; LU §61 StG; SG Art. 56bis StG und GR Art. 59 StG

4) In der Herbstsession 1953 haben die eidgenössischen Räte eine Motion Piller mit dem Wortlaut: "Der Bundesrat wird eingeladen, den eidgenössischen Räten wirksame Massnahmen fiskalischer Natur vorzuschlagen zur Verwirklichung gleichmässiger steuerlicher Belastung der Erwerbsunternehmungen ohne Rücksicht auf die Rechtsform" gutgeheissen. Zur Prüfung der hiermit aufgeworfenen Fragen hat das Eidg. Fi-

Nach der Rechtssprechung des Bundesgerichtes hat eine solche Minimalsteuer für nicht gewinnstrebige Gesellschaften "innerhalb eines auf dem Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit aufgebauten Steuergesetzes ... nur Platz, wenn ihr Objekt so geartet ist, dass es anstelle des fehlenden Gewinns und Kapitals als Kriterium für die Bestimmung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gelten soll".[1] Die Experten für die Motion Piller dachten jedoch "niemals an eine Ablösung der herkömmlichen und allgemein anerkannten Steuerobjekte Ertrag und Kapital"[2] und forderten deshalb, dass die Minimalsteuer "nur subsidiären Charakter" haben dürfe, d.h. sie muss zugunsten der ordentlichen Steuern zurücktreten, "wenn ein nicht gewinnstrebiges Unternehmen doch Gewinn aufweist".[3]

Die Forderung nach Subsidiarität vermag indes nicht zu befriedigen; denn das entscheidende Kriterium für die Zulässigkeit einer Sonderbesteuerung kann nicht im Quantitativen, sondern nur im Qualitativen liegen. Mit anderen Worten, mass-

---

nanz- und Zolldepartement zu Beginn des Jahres 1954 eine Expertenkommission bestellt.

5) Expertenkommission Piller, S. 164

6) ebenda, S. 166

1) BGE 92 I 445 f.

2) P.A. Müller, S. 28

3) Expertenkommission Piller, S. 144

gebend ist allein der Wille zum Gewinn wie er gegenüber unabhängigen Dritten besteht. Wenn nämlich einerseits festgestellt wird, dass bei den nicht gewinnstrebigen Unternehmungen die Ertragsbesteuerung "ins Leere" greift, weil der Gewinn hier eben kein objektiver Gradmesser der steuerlichen Leistungsfähigkeit darstellt, dann erscheint anderseits das Festhalten am Steuerobjekt Ertrag, wenn ein nicht gewinnstrebiges Unternehmen doch noch einen Gewinn ausweist, als inkonsequent. Dies um so mehr, als der Begriff der nicht gewinnstrebigen Unternehmung nicht quantifiziert, d.h. zahlenmässig festgelegt werden kann. Entscheidend ist nämlich allein, dass eine Gesellschaft ein Verhalten zeigt, das sie einem unabhängigen Dritten nicht entgegenweisen würde und nicht, dass sie "keine der Minimalsteuer entsprechenden Ertrags- und Kapitalsteuer entrichtet".[1] Zu Recht bezeichnet Müller[2] denn auch letztere Lösung als Trugschluss, "sollte doch mittels der Minimalsteuer das ursächliche Steuerproblem der nicht gewinnstrebigen Unternehmung gelöst werden und nicht mittels der nicht gewinnstrebigen Unternehmung dasjenige der Minimalsteuer". Ist zudem

---

1) Expertenkommission Piller, S. 114

2) P.A. Müller, S. 28

der Gewinn für den Erfolg eines Unternehmens nicht repräsentativ, dann kann er auch nicht durch Anrechnung einer Minimalsteuer zu einer repräsentativen Grösse umfunktioniert werden. Die Minimalsteuer kann zudem "die Begünstigung der nicht gewinnstrebigen Unternehmungen zwar beschneiden, aber nicht beseitigen ... Es ist aber irgendwie stossend, dass der, der sich weigert, den Steuerbehörden die für die Einschätzungen notwendigen Angaben zu machen, nach Erfahrungszahlen und damit nach dem Durchschnitt seiner Gruppe taxiert wird, während derjenige, der sich für die Nichtgewinnteiligkeit entscheidet, nur eine Minimalsteuer zu entrichten"[1] hat. Wenn die Lösung dennoch über die Minimalsteuer führen soll, dann müsste dies ohne Rücksicht auf die Belastung durch allfällige andere Steuern geschehen.[2] Eine solche Steuer hätte jedoch den Nachteil, dass sie auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Steuerpflichtigen ebenfalls keine Rücksicht nimmt. Diese Art von Minimalsteuer besitzt denn auch keine praktische Bedeutung. "Will man die "nichtgewinnstrebigen" Unternehmungen zu einem ihrer tatsächlichen Leistungsfähigkeit entsprechenden Beitrag an die öffentlichen Ausgaben heranziehen, so muss daher ihre steuerliche Leistungsfähigkeit nach einem anderen Kriterium als nach den ihnen gegenüber versagenden Faktoren Reingewinn und Reinvermögen bestimmt werden".[3] Namentlich das Problem der nicht gewinnstrebigen Partnerwerke der Elektrizitätswirtschaft kann somit weder durch Schaffung einer alternativen

---

1) Geyer, S. 28

2) sog. unabhängige Minimalsteuer

3) BGE 96 I 570 E. 3d

noch unabhängigen Minimalsteuer angemessen gelöst werden, sodass nur durch Ablösung der herkömmlichen Ertrags- und Kapitalbesteuerung,[1] weil weder der Gewinn noch das Kapital ein objektiver Gradmesser des wirtschaftlichen Leistungsvermögens darstellen.

4. Ziel einer nicht subsidiären Sonderbesteuerung

Dass jedes Gemeinwesen auf die Erhebung öffentlicher Abgaben angewiesen ist, wenn es seine Aufgaben erfüllen will, braucht hier nicht näher dargelegt zu werden. Wir wollen aber festhalten, dass mit einer Sonderbesteuerung lediglich fiskalische Zwecke und keinerlei wirtschafts- oder sozialpolitische Ziele verfolgt werden.[2] Im Vordergrund steht die Forderung nach Anpassung der Besteuerung an die effektive wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Produktionswerkes, die ihren Ausdruck weniger im tatsächlich erzielten als im wirtschaftlich möglichen Gewinn findet.

---

1) Ohne jedoch zu übersehen, dass die hydraulischen Partnerwerke bereits erhebliche Abgaben über die Wasserwerksteuer leisten. Diese und weitere bestehende fiskalische Belastungen müssten deshalb bei der Ausgestaltung einer nicht subsidiären Sonderbesteuerung zweifelsohne berücksichtigt werden.

2) Die Rechtsordnung kann mit der Einführung bestimmter Steuer auch nichtfiskalische Ziele verfolgen. Vgl. hiezu etwa Blumenstein, System, S. 8 sowie Schmidt, S.1 ff. und Bellste S. 1 ff.

5. Die Zulässigkeit einer Sonderbehandlung

Wenn die Bevorzugung oder Benachteiligung einer Gruppe das Ziel der Regelung ist, dann ist Art. 4 BV massgebend für ihre Richtigkeit.[1] Als Verkörperung des formellen Gleichheitsprinzipes verlangt diese Verfassungsbestimmung keine Diskriminierung bzw. Privilegierung in der Gesetzgebung, Rechtsanwendung und Rechtssprechung,[2] während in materieller Hinsicht die Rechtsgleichheit die Verwirklichung des "richtigen Rechts",[3] im Sinne einer relativen Gleichbehandlung aller Bürger, postuliert. Nur eine erhebliche Ungleichheit in den tatsächlichen Verhältnissen kann demnach in der Praxis zu einer rechtlich ungleichen Behandlung führen.[4]

Aus Art. 4 BV und dem darin enthaltenen Willkürverbot lässt sich anderseits "nicht eine bestimmte Methode der Besteuerung ableiten",[5] womit bereits gesagt ist, dass auch unsere traditionelle Gewinn- und Kapitalbesteuerung

---

1) vgl. Arioli, Rechtsanwendung, S. 15

2) vgl. Huber, ZSR NF 5 (1936) I 1a ff.

3) J.P. Müller, S. 71

4) Statt vieler: Nef, Rechtsgleichheit, S. 2; Grisel, S. 175 und dort zit. BGE

5) Hensel, S. 115; vgl. auch BGE 96 I 66 E. "und 567 E. 3a mit Verweisungen sowie BGE 99 Ia 653 E.9 und Pra. 1974, Nr. 113, S. 342

keinen Anspruch auf Alleingültigkeit erheben kann. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes wird lediglich verlangt, dass ein Steuergesetz:[1)]

- sich auf ernsthafte, sachliche Gründe stützen lässt,
- nicht sinn- und zwecklos ist,
- nicht rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu fegelnden tatsächlichen Verhältnissen nicht ersichtlich ist.

"Innerhalb dieses Rahmens verbleibt den Kantonen ein weiter Spielraum der (bisher ungenau als Ermessen bezeichneten) Gestaltungsfreiheit",[2)] sodass "jede mit sachlichen Gründen vertretbare Regelung vor Art. 4 BV standhält".[3)] Tatsächliche und zugleich erhebliche Ungleichheiten müssen demnach berücksichtigt werden; denn "die Gleichbehandlung von Ungleichheiten würde ihrerseits zu Ungleichheiten führen".[4)] "Die vertretbare rechtliche Differenzierung hat danach an einen erheblichen tatsächlichen Unterschied zu knüpfen".[5)]

---

1) BGE 96 I 66 E.2 und 567 E.3a; 92 I 442 E.3 sowie 91 I 84 E.2 und dort angeführte frühere Urteile

2) BGE 96 I 567 E.3a

3) BGE 100 Ia 246 E.3a

4) Fleiner/Giacometti, S. 406

5) BGE 100 Ia 328 E.4b

a) Die Partnerwerke als nicht übliche Kapitalgesellschaften

Bei den juristischen Personen gelten Reingewinn und Kapital inklusive Reserven als Masstab wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit und bilden daher die Objekte der direkten Besteuerung. Dies weil unser Steuersystem auf der Annahme beruht "das Unternehmungsziel bestehe in der Maximierung des Ertrages".[1] Nun gibt es aber juristische Personen, und zu diesen gehören auch die Produktionswerke der Elektrizitätswirtschaft, bei denen weder der ausgewiesene Reinertrag noch das Kapital die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit hinreichend zum Ausdruck bringen.

aa) Das Zerrbild der Gewinnrechnungen

Die hydraulischen Produktionswerke wollen bewusst keinen oder lediglich einen möglichst geringen Ertrag erzielen, da sie voll im Dienste der sie beherrschenden Aktionäre stehen. Mit Absicht behandeln sie demnach ihre Aktionäre nicht wie irgendeinen beliebigen Dritten, obwohl dies ein allgemeiner Grundsatz

---

1) Hensel, S. 91

des Steuerrechts ist.[1] Ob es anderseits sinnvoll ist, von den einzelnen Partnerwerken zu erwarten, dass sie sich gegenüber ihren Partnern verhalten wie eine Publikums-AG gegenüber ihren Aktionären, sei dahingestellt. Steuerlich erweist sich diese Forderung jedenfalls als unerlässlich, ansonsten für Gewinnverschiebungen Tür und Tor offen wären.

bb) Uebermässige Fremdfinanzierung

Es ist zwar nicht Sache der Einschätzungsbehörden, Zweckmässigkeit und Angemessenheit der Finanzierung einer Unternehmung zu überprüfen.[2] So sind denn auch weder im Wehrsteuerbeschluss noch in den meisten kantonalen Steuergesetzen[3] Vorschriften enthalten, die das Verhältnis

---

1) vgl. Borkowsky, Steuerliche Unternehmungspolitik, S. 236

2) Nach einem Entscheid der Eidg. Steuerverwaltung aus dem Jahre 1958, die Couponabgabe betreffend, sollte das Eigenkapital bei Produktionsunternehmungen normalerweise etwa 50 % des Gesamtkapitals ausmachen. Vgl. ASA 27, 234

3) Immerhin haben die folgenden elf Kantone diesbezügliche Sondervorschriften erlassen: SH Art. 56a, TI Art. 79, VD Art. 59ter, GE Art. 68, ZG §49, BL §61, OW Art. 69, AG §17, VS Art. 96, FR Art. 69, BS §71a. Und auch in den Entwürfen der Koordinationskommission vom 3. August 1977 für ein Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (Art. 104) und für ein Gesetz über die direkten Steuern der Kantone und über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (Art. 28) sind diesbezüglich gesetzliche Regelungen vorgesehen.

zwischen Eigenkapital und Fremdkapital regeln würden. Die Produktionswerke der Elektrizitätswirtschaft weisen indes offensichtlich starke Fremdfinanzierungen auf. Anderseits ist festzustellen, dass sie in ihrenBilanzen oft als Fremdkapital bezeichnete Mittel ausweisen, die ihnen von den Inhabern der Beteiligungsrechte oder diesen oder der Gesellschaft nahestehenden Personen direkt oder indirekt zur Verfügung gestellt werden, denen somit wirtschaftlich die Funktion von Eigenkapital zukommt. Die übermässige Fremdfinanzierung ist jedoch insofern ungewöhnlich als das Produktionswerk:

- seine Tätigkeit ohne die in Frage stehenden Mittel nicht im tatsächlich erfolgten Umfang aufnehmen oder weiterführen könnte,
- aus eigener Kraft die notwendigen Mittel bei Dritten nicht erhalten hätte und
- diese Mittel in einem für Fremdfinanzierungen nicht üblichen Mass dem Risiko des Geschäftserfolges aussetzt.

Es ist deshalb festzustellen, dass die hydraulischen Partnerwerke, die schon mit Rücksicht auf die Erfolgsbesteuerung im Rahmen der geltenden Steuerordnung privilegiert sind, auch mit Rücksicht auf die Kapitalbelastung Vorzüge geniessen.

b) Forderung der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit

Die Bundesverfassung[1] verlangt ausdrücklich, dass die juristischen Personen, ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform, nach Massgabe ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit steuerlich möglichst gleichmässig zu belasten sind. Solange das Steuerrecht aber die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der nicht gewinnstrebenden Partnerwerke ausschliesslich am Gewinn und am Eigenkapital misst, greift es ins Leere, da dies "zwangsläufig eine Privilegierung der nichtgewinnstrebigen Unternehmung"[2] bewirkt. Eine solche steuerliche Begünstigung widerspricht dem aus BV Art. 4 folgenden Grundsatz der Gleichmässigkeit der Besteuerung; denn die Produktionswerke in der Elektrowirtschaft sind keine Unternehmen der wirtschaftlichen Selbsthilfe, sondern Kapitalgesellschaften und erfüllen weder allein soziale Aufgaben, noch haben sie gemeinnützigen Charakter. Indem sie lediglich Produktonsfunktion haben und kein direktes Gewinnerzielungsinstrument sind, weisen sie zudem eine wesentliche Ungleichheit in den tatsächlichen Verhältnissen gegenüber den gewinnstrebigen Gesellschaften auf, die steuerlich auch ungleich zu erfassen ist. Man kann und muss deshalb - insbesondere vom Stand-

---

1) BV Art. 41ter Abs. 5 lit.a; vgl. auch BGE 96 I 567 E.3b

2) Expertenkommission Piller, S. 89

punkt der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit - die steuerliche Belastungsfähigkeit der hydraulischen Partnerwerke in anderer Weise ermitteln. Statt auf den Ertrag und das Kapital muss auf andere wirtschaftliche Grössen abgestellt werden.

c) Verfassungsmässigkeit

Die Verfassungsmässigkeit der Besteuerung verlangt namentlich die Beachtung der Rechtsgleichheit und der Handels- und Gewerbefreiheit. Art. 4 BV gewährleistet u.a. die Allgemeinheit und die Gleichmässigkeit,[1] nicht aber absolute Gleichheit in der Besteuerung[2] und gebietet in allgemeiner Weise, "Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln".[3] Gleichheit in der Besteuerung bedeutet jedoch nicht formelle Gleichheit, sondern materielle Gleichheit. Nicht ein einheitliches Steuergesetz wird gefordert, sondern eine Besteuerung der juristischen Personen nach Massgabe ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Der Grundsatz der Allgemein-

---

1) vgl. BGE 99 Ia 653 E.9, 90 I 162 E.2 und 243 sowie ASA 39, 300 E.5; Ochsner, S. 26 und dort zit. Lit.

2) vgl. BGE 100a I 328 E.4b

3) BGE 90 I 162 E.2 sowie BGE 88 I 159 und 86 I 279 E.3a; ferner etwa Aubert, Bd. 2, S. 646 N 1789 und dort zit. Entscheide; Grisel, S. 175 und Imboden/Rhinow, Bd. 1, Nr. 69

heit und Gleichheit der Besteuerung verbietet demnach nicht, dass für eine Gruppe von Steuerpflichtigen eine abweichende Besteuerungsart gilt. Diese hat lediglich nach Massgabe der effektiven Leistungsfähigkeit zu erfolgen und darf weder gewerbepolitisch motiviert sein noch innerlich nicht begründbare Unterscheidungen treffen und muss zudem wettbewerbsneutral sein,[1] sodass letztlich den Betroffenen damit auch nicht erheblich grössere Lasten auferlegt werden als der Masse der übrigen Steuerpflichtigen.

So wenig wie gegen Art. 4 BV, verstösst eine solche Sonderbesteuerung, die anstelle der Ertrags- und Kapitalsteuer tritt, gegen die in Art. 31 BV gewährleistete Handels- und Gewerbefreiheit. Die Tatsache, dass die steuerliche Leistungsfähigkeit in den Faktoren Gewinn und Eigenkapital nicht richtig zum Ausdruck kommt, ist deshalb genügend vernünftiger Grund für eine verfassungskonforme Sonderbehandlung. Dies um so mehr als eine von der allgemeinen Ordnung abweichende Sonderregelung wegen der Verschiedenheit der zu erfassenden Verhältnisse sich hier geradezu aufdrängt.

---

1) vgl. auch Expertenkommission Piller, S. 156 f.

d) Ausnahmen

Wir haben festgehalten, dass das entscheidende Kriterium für die Zulässigkeit einer Sonderbesteuerung nicht im Quantitativen, sondern im Qualitativen liegt. Massgebend ist mit anderen Worten nicht, ob die Kapitalgesellschaften anderer Branchen höhere Gewinne erzielen, sondern dass sie dies w o l l e n, während bei den Partnerwerken der Elektrizitätswirtschaft dieser Wille zum vornherein fehlt. Die Frage lautet demnach nicht: genügender oder ungenügender tatsächlicher Gewinn sondern, ob das Produktionswerk dasselbe nicht gewinnstrebende Verhalten auch gegenüber beliebig vielen unabhängigen Dritten zeigen würde oder praktiziert. Würde dem so sein, dann wäre für eine Sonderbehandlung kein Raum, da keinem Unternehmer vorgeschrieben werden kann, wie hoch sein Gewinn beim Verkauf an fernstehende Personen zu sein hat. Dass ferner nicht zu einer Sonderbehandlung gegriffen werden darf, wenn das Produktionswerk grundsätzlich zu Marktpreisen liefert oder wenn auf Grund solcher eine Gewinnkorrektur möglich ist, versteht sich von selbst. Denn in all diesen Fällen würde einer Sonderbesteuerung nicht auf ernsthafte sachliche Gründe beruhen und damit rechtliche Unterscheidungen treffen, für

die ein vernünftiger Grund in den tatsächlichen Verhältnissen nicht zu finden ist und demzufolge zu einer unbegründeten Ungleichbehandlung der Produktionswerke gegenüber allen andern nicht gewinnstrebigen und gewinnstrebigen Gesellschaften führen. Anderseits dürfen aber gerade steuertechnische Gewohnheiten einer Sonderbesteuerung nicht im Wege stehen wenn feststeht, dass dem Grundsatz der Gleichmässigkeit der Besteuerung - gemessen an der Leistungsfähigkeit - nicht entsprochen wird.

6. Der Kreis der betroffenen Unternehmungen

Die Rechtssprechung hat eine andere Besteuerung als jene des Gewinns und Kapitals bei den nicht gewinnstrebigen Gesellschaften ausdrücklich als zulässig erklärt.[1] Der Kreis der hier geforderten Sonderbesteuerung, ist indes weit enger zu ziehen und auf die Fälle zu beschränken, wo der Marktpreis der Leistungen schwer bestimmbar ist. Dies wird stets dort der Fall sein, wo ausschliesslich oder überwiegend an die Gesellschafter oder nahestehende Dritte geliefert wird und demzufolge kein freier Markt besteht, sodass auch ein Marktpreis fehlt oder nur schwer bestimmbar ist, wie etwa bei den hydraulischen Partnerwerken. Es stellt sich jedoch die Frage, ob im Falle einer Sonderbesteuerung dieser Gruppe nicht auch die übrigen nicht gewinnstrebigen Unternehmungen eine Sonderbehandlung erfahren müssten bzw. ob die Sonderbesteuerung nur der hydraulischen Produktionswerke nicht gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 4 BV verstösst.

Die Frage einer Sonderbehandlung kann sich nicht an der Höhe des Gewinns orientieren. Massgebend ist allein das nicht gewinnstrebende Verhalten gegenüber den Gesellschaftern oder nahestehenden Dritten. Eine abweichende Besteuerung von der

---

1) vgl. BGE 96 I 570 E.3d

traditionellen Gewinn- und Kapitalbesteuerung nur bei denjenigen nicht gewinnstrebigen Unternehmungen, deren Produktion oder Leistung von den Gesellschaftern ausschliesslich oder überwiegend selbst verwertet wird und wegen der beonseren Branchenverhältnisse marktwertmässig schwer zu bestimmen ist, würde demnach gegen die Rechtsgleichheit verstossen. Eine Sonderbesteuerung der Produktionswerke wäre daher zu ergänzen durch eine Sonderbehandlung der übrigen gleichgelagerten Fälle von nicht gewinnstrebigen Unternehmungen.[1)]

a) Verfassungsmässig haltbare Formulierung im Gesetz

Das gewählte Kriterium für die Unterstellung unter die Sondersteuer muss sich auf ernsthafte sachliche Gründe stützen und nicht rechtliche Unterscheidungen treffen, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelenden Verhältnissen nicht ersichtlich ist.[2)] Eine verfassungsmässig haltbare Sonderbehandlung der Produktionswerke der Elektri-

---

1) vgl. Höhn, Gutachten, S. 26 f.

2) vgl. BGE 91 I 84 E.2 und dort aufgeführte frühere Urteile sowie BGE 92 I 442 E.3 und 96 I 66 E.2/567 E.3a

zitätswirtschaft könnte in Anlehnung an Höhn[1] wie folgt umschrieben werden:

> "Unternehmungen, deren Produktion oder Leistung von den Gesellschaftern oder Beteiligten ausschliesslich oder überwiegend selbst verwertet wird und marktwertmässig schwer zu bestimmen ist, zahlen statt der Ertrags- und Kapitalsteuer eine Sondersteuer, sofern sie nicht nachweisen, dass sie zu Marktpreisen liefern".

b) Umkehr der Beweislast

Eine generelle Umkehr der Beweislast würde gegen den fundamentalen Grundsatz, wonach die Veranlagungsbehörden die Unangemessenheit des Gewinnes und damit des Ertrages zu beweisen haben[2] und somit gegen BV 4 verstossen. "Hingegen rechtfertigt es sich ..., die Beweislast dann umzukehren, d.h. dem Produktionswerk zuzuschreiben, wenn der Marktpreis der Leistungen schwer bestimmbar ist".[3] Dem Produktionswerk in diesen Fällen den Gegenbeweis zu überlassen, rechtfertigt sich einerseits weil die Tatsache, dass nicht zu Marktpreisen geliefert wird "sehr wahrscheinlich ist"[4] und diese Erkenntnis auf sachgemässer Würdigung

---

1) Höhn, Gutachten, S. 24

2) vgl. Locher, §8, III B, Nr. 2

3) Höhn, Gutachten, S. 22

4) Bosshardt, Die neue zürcherische Einkommens- und Vermögenssteuer, S. 233; vgl. auch BGer-Entscheid vom 30. April 1975 in FDK-Sammlung der Bundesgerichtsentscheide in DB-Fällen, 1975, Nr. 16

der Verhältnisse in der Elektrizitätswirtschaft beruht. Anderseits weil das Werk auf Grund der besonderen Branchenverhältnisse besser in der Lage ist diesen Gegenbeweis zu erbringen und die begründete Vermutung auf Gewinnverschiebung zu entkräften.

III. Die Ausgestaltung der Sonderbehandlung

Im Vordergrund steht die Frage der "richtigen" Besteuerung. "Die Gerechtigkeit aber lässt sich nicht näher umschreiben. Sie ist jedenfalls ein relativer Begriff, der sich mit den politischen, sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen wandelt".[1)]

1. Kriterien für die Bestimmung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eines Produktionsunternehmens der Elektrizitätswirtschaft

Trotz ihrer unbestrittenen Leistungsfähigkeit weisen die hydraulischen Partnerwerke keinen oder lediglich einen unbedeutenden Gewinn und ein verhältnismässig geringes Eigenkapital aus. "Wenn eine derartige (nicht gewinnstrebige) Unternehmung unter Einsatz beträchtlicher Mittel eine umfang- und erfolgreiche wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, dabei aber nur einen ganz geringen steuerbaren Gewinn erzielt und auch nur ein kleines steuerbares Eigenkapital aufweist, lässt sich mit guten Gründen die Auffassung vertreten, dass ihre tatsächliche steuerliche Leistungsfähigkeit in diesen Faktoren nicht richtig zum Ausdruck komme ..."[2)] Geht man zudem von der allgemeinen

---

1) BGE 96 I 567 E. 3a; vgl. dazu auch etwa Haller, S. 106; Wackernagel, Steuergerechtigkeit, S. 1 ff.; Nef, Gleichheit und Gerechtigkeit, S. 1 ff.; Wilhelm, S. 1 ff. sowie Pra. 1974, Nr. 113. S. 341

2) BGE 56 I 560 E.3d auch in StR 26 (1971), S. 105

Erkenntnis aus, dass der Gewinn "nur eine, keineswegs aber die einzige Form des Unternehmungserfolges darstellt",[1] dann stellt sich zwangsläufig die Frage, wie die nicht gewinnstrebigen Partnerwerke in einer ihrer Leistungsfähigkeit entsprechenden Weise zu besteuern sind. Diese Frage wäre wesentlich einfacher zu lösen, wenn die zur Diskussion stehenden Gesellschaften ein den normalen betriebswirtschaftlichen Verhältnissen entsprechendes Eigenkapital aufweisen würden. Da dem jedoch nicht so ist, kann auch nicht durch eine Erhöhung der Kapitalsteuer ein Ausgleich für den nicht vorhandenen - weil eben nicht angestrebten - Gewinn herbeigeführt werden.

Fasst man deshalb eine Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ins Auge, so sind Tatbestände heranzuziehen, die anstelle des fehlenden Gewinnes und Kapitals die reale Leistungsfähigkeit erkennen lassen. Dabei ist nicht ausser Acht zu lassen, dass der Elektrizitätssektor im Vergleich zu anderen Geschäftsbereichen wenig konjunkturanfällig ist und dass der Stromabsatz angesichts des ständig steigenden Energiebedarfes und der sich abzeichnenden allgemeinen Energieverknappung auch in Zukunft nicht auf Schwierigkeiten stossen

---

1) Expertenkommission Piller, S. 143

wird. Das in jüngster Zeit lebhafte Interesse für die wenigen noch freien Wasserkräfte ist deutlicher Beweis hiefür.

a) Der Umsatz

"Wenn man Ertrag, Einkommen, Vermögen, Vermögenszuwachs als "steuerliche Grundbegriffe", auf denen eine Steuer aufgebaut sein kann, bezeichnet, dann muss man heute auch den "Umsatz" zu diesen Grundbegriffen zählen; denn in den Steuersystemen vieler Staaten wird auch dem Umsatz der Rang eines meist nicht unbedeutenden Steuerobjektes zuerkannt".[1] So anerkennt auch das Bundesgericht, dass der Umsatz, als Basis der Ertragserzielung, insbesondere "bei den "nicht gewinnstrebigen" Unternehmungen ein tauglicher Masstab zur Bestimmung der steuerlichen Leistungsfähigkeit"[2] darstellen kann. Beim einstufigen Produktionsunternehmen Partnerwerk entspricht der Umsatz zugleich der betrieblichen Wertschöpfung, d.h. der im Fabrikationsbetrieb erbrachten wirtschaftlichen Leistungen, da das Werk für die Stromerzeugung keiner fremden Leistungen bedarf. Dieser rein innerbetriebliche Herstellungsaufwand wird als Netto-Umsatz bezeichnet[3] und liefert einen klaren Anhaltspunkt für den Umfang der in einem Fabrikationsunternehmen erbrachten wirtschaftlichen Leistungen.

---

1) Scheidegger, S. 9

2) BGE 96 I 571 E. 3e; vgl. auch Expertenkommission Piller, S. 147f. sowie Blumenstein, ASA 3, 57 und 109 ff. und ASA 4, 382 ff.

3) Im Ausland unter der Bezeichnung "value added" oder "increase value added" zur Bestimmung der steuerbaren Umsätze in der selbständigen Umsatzbesteuerung von Bedeutung. Vgl. statt vieler Haller, S. 126, 133 ff. und 285

aa) Der wertmässige Netto-Umsatz

Der Marktwert der an die Partner abgegebenen elektrischen Energie ist wegen des generellen Fehlens eines freien Energiemarktes zwischen Partner und Produktionswerk nur schwer feststellbar. Anderseits stellt die Vergütung der Jahreskosten zweifellos kein marktmässiger Umsatz dar, sodass auch nicht von einem tauglichen Mittel für die Feststellung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit die Rede sein kann. Ein wertmässig repräsentativer Umsatz müsste nämlich, um als taugliches Kriterium zur Bestimmung der steuerlichen Leistungsfähigkeit gelten zu können, zumindest marktkonforme Preise berücksichtigen.

bb) Der mengenmässige Netto-Umsatz

Die mengenmässige Wertschöpfung entspricht den in einer bestimmten Periode von einer Unternehmung produzierten Gütern. Bei Produktionsunternehmen, wie sie die hydraulischen Partnerwerke der Elektrizitätswirtschaft darstellen, enthält die Leistung des Produktionswerkes keine fremde Vorleistungen, sondern wird als echtes Endprodukt allein vom Partnerwerk erzeugt. Für die effektive wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ist letztlich aber nicht die eigentliche Erlektrizitätsproduktion an sich, sondern die abgesetzte Menge in Verbindung mit anderen Gegebenheiten massgebend. Diese Grösse vermag die Ertragspotenz eines reinen Produktionsbetriebes in einem bestimmten Umfang zweifellos befriedigend zum Ausdruck zu bringen, da sie bei marktmässigen Unternehmen der Faktor ist, aus dem der nachhaltig erzielbare Reinertrag fliesst.

b) Das investierte Kapital[1)]

Das Eigenkapital eines hydraulischen Partnerwerkes beträgt im Durchschnitt etwa 17-20 % der Anlagekosten.[2)] Dies reicht weder einer unabhängigen Aktiengesellschaft noch einer Einzelfirma zur wirtschaftlichen Risikosicherung. Der Faktor Eigenkapital allein ist demnach, wie wiederholt festgehalten, für das steuerliche Leistungsvermögen auch keinesfalls repräsentativ. Anderseits bedürfen die Wasserkraftwerke kapitalintensiver Investitionen. Das investierte Kapital kann hier das zehn- bis zwanzigfache des Jahresumsatzes ausmachen und wird somit zum wichtigsten Produktionsfaktor. Dem Gesamtkapital kommt deshalb für die Bestimmung der wirtschaftlichen bzw. steuerlichen Leistungskraft zweifellos grosse Bedeutung zu, da es zu einem gewissen Grad die Produktionskraft einer reinen Produktionsgesellschaft treffend zum Ausdruck bringt.[3)]

---

1) Gesamtkapital bzw. Summe von Fremd- und Eigenkapital

2) Gemäss Auskunft Steuerverwaltung Kanton Graubünden

3) vgl. auch Expertenkommission Piller, S. 149; a.M. Känzig, Künftige fiskalische Belastung, S. 39

c) Die Betriebsanlagen

Die Wasserkraftwerke, insbesondere die Speicherwerke, weisen eine überdurchschnittliche Anlageintensität auf.[1] Es ist deshalb naheliegend, die Betriebsanlagen als mögliches Kriterium für die Bestimmung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ins Auge zu fassen. Dies um so mehr als wir es mit Produktionsunternehmen zu tun haben, bei denen die Leistungsgrösse nicht zuletzt von der Anlageintensität bestimmt wird und bei denen sowohl die Betriebstechnik als auch der Beschäftigungsgrad als konstant angesehen werden können, während der Bedarf an elektrischer Energie auch in Zukunft noch zunehmen wird.

d) Die genutzte Wasserkraft

Als witterungsbedingter Rohstoff ist das Wasser wichtige Grösse der hydraulischen Energieerzeugung und darf, da bei reinen Produktionsunternehmen die Produktionsfaktoren in besonderer Weise für eine vorhandene wirtschaftliche Leistungsgrösse indizierend sind, folglich als nicht unwesentlicher Ausdruck steuerlicher Leistungsfähigkeit gelten.[2]

---

1) vgl. etwa auch bei Käfer, S. 45

2) So erhebt beispielsweise der Kt. Bern eine Vermögenssteuer auf den genutzten Wasserkräften (StG Art. 54 Abs. 4)

2. Berücksichtigung aller grundsätzlich geeigneten Kriterien

Prüft man, welche der grundsätzlich geeigneten oder für die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit bedeutenden Kriterien für eine Besteuerung in Frage kommen könnten, dann zeigt sich, dass nur die Berücksichtigung aller Gegebenheiten zu befriedigen vermag.

Eine Sonderbesteuerung der hydraulischen Partnerwerke hätte aber zweifellos beim mengenmässigen Netto-Umsatz, d.h. bei der abgesetzten Produktion anzuknüpfen. Die mengenmässige Wertschöpfung ist nämlich bei derartigen nicht marktkonformen Gesellschaften mit reiner Produktionsfunktion Ausdruck der erbrachten Leistungen. Zur repräsentativen Grösse für die steuerliche Leistungskraft wird sie indes nur unter Mitberücksichtigung der jeweiligen Betriebskapazität, des investierten Kapitals sowie der genutzten Wasserkraft.

Mit der Besteuerung der an die Partner abgegebenen Energie würde sowohl den konjunkturellen als auch den witterungsbedingten Einflüssen Rechnung getragen, während der Verwendungsbereitschaft der Energie auf dem Wege der Abstufung nach Winter- und Sommerenergie bzw. Speicher- und Laufenergie sowie nach Hoch- und Niedertarifzeit Beachtung geschenkt werden könnte.

Die vier völlig verschiedenen Grössen Nettoumsatz, Gesamtkapital, Betriebsanlagen und genutzte Wasserkraft müssten jedoch in eine feste zahlenmässige Beziehung gebracht werden. Welches relative Gewicht soll dabei jedem der vier Faktoren zukommen? Grundsätzlich wird kaum ein Zweifel darüber bestehen, dass die erzeugte elektrische Energiemenge die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Produktionswerkes besser zum Ausdruck bringt als die drei Produktionsfaktoren, sodass das Gewicht dieser Faktoren keinesfalls überwiegen darf. Je grösser der Nettoumsatz und je kleiner die Betriebsanlagen, das investierte Kapital und die genutzte Wasserkraft, um so wirtschaftlicher ist das Werk. Während die Betriebsanlagen sowie das investierte Kapital die Kostenstruktur entscheidend bestimmen, kommt der genutzten Wasserkraft diesbezüglich eindeutig eine geringere Bedeutung zu. Unter Berücksichtigung dieser Tatsachen sind demnach die einzelnen Faktoren zu gewichten.

Aber auch der jeweiligen Betriebskapazität müsste gebührend Rechnung getragen werden. Die Betriebsanlagen stelle nämlich bei reinen, nicht gewinnstrebigen Produktionsunternehmen, die allein im Dienste verbundener Gesellschaften stehen, die

Grundlage der effektiven Leistungsfähigkeit dar. Für die Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsgrösse ist aber letztlich der Ausnützungsgrad der Betriebsanlagen, der hier namentlich durch konjunkturelle und witterungsmässige Verhältnisse bestimmt wird, massgebend; denn es wechseln auch in der Energieproduktion gute und schlechte Jahre.

Die Berücksichtigung des investierten Kapitals für die Bestimmung der steuerlichen Leistungsfähigkeit ist insofern von Bedeutung, als die Investitionskosten je nach Werkart, Ort und Bauzeit sehr verschieden sind, während die für die Stromerzeugung wichtige Wasserkraft je nach Werk und Witterungs- oder Konjunkturverhältnissen unterschiedlich genutzt wird.

Wenn eine Besteuerung der Produktion in Verbindung mit den angeführten Gegebenheiten auch nicht an das Bestehende anzuknüpfen vermag, der Forderung der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit wäre zweifellos besser entsprochen. Bei den hydraulischen Partnerwerken ist nämlich charakteristisch, dass sowohl die Betriebstechnik als auch der Beschäftigungsgrad als konstant angesehen werden können, während sehr hohe fixe Kosten gegeben sind. Diese kommen in den Kriterien investiertes Kapital und Betriebsanlagen zum Ausdruck. Die genutzte Wasserkraft, als variable Grösse, be-

stimmt anderseits ebenfalls den Kostenverlauf der allein auf Produktion eingestellten Partnerwerke, deren steuerliche Leistungsfähigkeit somit weitgehend von der abgesetzten elektrischen Energie in Verbindung mit den vorerwähnten Produktionsfaktoren abhängt.

3. Die Erhebung allfälliger Sollsteuern

Wir haben festgestellt, dass bei den nicht gewinnstrebigen hydraulischen Produtkonswerken nicht nur der Gewinn, sondern auch der Faktor Eigenkapital für das steuerliche Leistungsvermögen nicht repräsentativ erscheint. Diesem Unbehagen könnte durch die Erhebung von Sollsteuern, die das Vorhandensein des jeweils betriebsnotwendigen Gewinns und Eigenkapitals[1)] präsumiert, begegnet werden. Der Einwand, aus praktischen und vor allem aus veranlagungsökonomischen Gründen erweise sich dieser Gedanke als nicht durchführbar, ist im Falle der hydraulischen Partnerwerke wenig zutreffend. Eine betriebswirtschaftliche Analyse der einzelnen Werke würde heutzutage weder in zeitlicher noch finanzieller Hinsicht besondere Probleme aufwerfen. Eine Sollsteuer auf dem betriebsnotwendigen Gewinn und Eigenkapital vermöchte die in die Form der Kapitalgesellschaft gekleidete Hilfs- und Zulieferbetriebe demnach in einer durchaus angemessenen und praktikablen Weise zu belasten.

---

1) d.h. des nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen und Erfahrungen für den Betrieb und die Erhaltung eines selbständigen Unternehmens der betreffenden Art erforderlichen Gewinns und Eigenkapitals.

Schlussbetrachtungen

Die Bundesverfassung verlangt in Art. 41ter Abs. 5 lit. a ausdrücklich eine Besteuerung der juristischen Personen nach ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Indem die überkommene Steuerordnung indes ausschliesslich auf die Erfassung von Ertrag und Kapital abstellt, bewirkt sie zwangsläufig eine Privilegierung der nicht gewinnstrebigen Produktionsunternehmen. Mit anderen Worten: so lange das Steuerrecht die steuerliche Leistungsfähigkeit der Partnerwerke der Elektritzitätswirtschaft ausschliesslich am ausgewiesenen Gewinn und Eigenkapital misst, greift es ins Leere.

Verständlich deshalb, dass weite Kreise der Elektrowirtschaft keine Begeisterung für die vorliegende Arbeit zeigten und auch nicht bereit waren, Einblick in Zahlenmaterial und dergleichen zu gewähren. Für sie alle war das Thema Tabu, ein Rührmichnichtan. Das Energiegeschäft scheint eben schlimmer zu sein als der Pferdehandel! Im Lichte dieser Tatsachen darf deshalb auch die Bemerkung eines Sachverständigen der Elektrizitätswirtschaft nicht überraschen: "Sie können nicht verlangen, dass wir ihnen das Messer liefern, mit dem uns die Steuerbehörden schlachten würden ... "

Die vorliegende Arbeit hat jedoch gezeigt, dass die hydraulischen Partnerwerke, als nicht gewinnstrebende selbständige Unternehmen, offensichtlich eine keineswegs berechtigte fiskalische Schonung geniessen und deshalb mit Casal[1] einig zu

---

1) Casal, S. 96

gehen ist, dass namentlich den Gebirgskantonen und deren Gemeinden bei der Hingabe ihres einzigen Reichtums der entsprechende Gegenwert für die zur Nutzung überlassenen Wasserkräfte kaum zukommt. Man kann sich deshalb des Eindruckes nicht erwehren, dass in der Vergangenheit vorab die einzelnen Bergkantone, aus Angst die Wasserkräfte nicht verwerten zu können, jede sich bietende Gelegenheit zur Erteilung von Konzessionen wahrgenommen haben. "Als dann die ersten Atomkraftwerkprojekte bekannt wurden, entstand da und dort beinahe eine Torschlusspanik in der Vergebung von Wasserrechten".[1] So kann es denn auch nicht verwundern, dass man sich mit einer "Minimalrenditensteuer" begnügte und dies obwohl das als Bezugsgrösse dienende Aktienkapital bei den hydraulischen Partnerwerken keine repräsentative Grösse für deren steuerliche Leistungsfähigkeit darstellt.

---

1) Gadient, S. 142

LITERATURVERZEICHNIS

a) Bücher und Aufsätze

Ackermann A., Bedeutung und Grenzen der wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Einkommens- und Vermögenssteuerrecht, Diss. St. Gallen 1963

Arioli S., Die Bundesgerichtsrechtsprechung zur Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betrachtungsweise nach Art. 4 BV, in: ASA 34 (1965/66) S. 81ff.

Das Verbot der willkürlichen und rechtsungleichen Rechtsanwendung im Sinne von Art. 4 der Bundesverfassung, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 84, Basel/Stuttgart 1968 (zit. Rechtsanwendung)

Bachofner F., Der Gewinnbegriff im Steuerrecht, Diss. Zürich 1942

Baumgartner M., Verdeckte Gewinnausschüttungen, Referat Kurs über Steuerprobleme der Unternehmungen vom 9./10. Okt. 1967, Institut für Finanzwirtschaft und Finanzrecht an der Hochschule für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, St. Gallen (HSG)

Bellstedt C., Die Steuer als Instrument der Politik. Eine vergleichende Untersuchung der Steuerpolitik in den USA und Deutschland, Berlin 1966

Blumenstein E., System des Steuerrechts, 3. Auflage, Zürich 1971 (zit. System)

Der Grundsatz der gesetzmässigen Verwaltung, in MBV 46 (1948) S. 321ff. (zit. gesetzmässige Verwaltung)

Die Minimalsteuer des Kantons Glarus, ASA 3 (1934/35) S. 57 und 109ff. sowie ASA 4 (1935/36) S. 382ff.

Blumer/Graf, Kaufmännische Bilanz und Steuerbilanz, 3. Auflage, Zürich 1971

Borkowsky R., Einige Probleme der steuerlichen Unternehmungspolitik, Ein Beitrag zur betriebswirtschaftlichen Steuerlehre auf Grund schweizerischer Verhältnisse, Habilitationsschrift, Zürich 1967 (zit. Steuerliche Unternehmungspolitik)

Aktuelle Fragen der Unternehmungsbesteuerung in der Schweiz, Finanzarchiv NF, Band 16, 1955/56, Heft 3

Bosshardt O., Verdeckte Gewinnausschüttungen im zürcherischen Steuerrecht, SAG VIII (1935/36) S. 127ff.

Die neue zürcherische Einkommens- und Vermögenssteuer, Zürich 1952

Cagianut F., Bedeutung der kaufmännischen Buchhaltung und Bilanz im Steuerrecht, ASA 37 (1968/69) S.142ff.

Casal G., Die bündnerische Wasserkraftnutzung, Diss. Bern 1950

Dölemeyer H.-J., Wechselbeziehung zwischen Privat- und Steuerrecht in der schweizerischen Gesellschaftspraxis unter besonderer Berücksichtigung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, Diss. Kiel 1975

Döllerer G., Fragen der verdeckten Gewinnausschüttung der Aktiengesellschaft, in: Betriebs-Berater, Verlagsgesellschaft "Recht und Wirtschaft" mbH, Heidelberg, 20./30. Dezember 1967, Doppelheft 35/36, S. 1442

Egger W., Die Besteuerung der Holdinggesellschaft unter besonderer Berücksichtigung des Steuerrechts des Kantons Zürich und de Bundes, Diss. Zürich 1976

Egli A., Finanzierungen und Steuern in der Aktiengesellschaft. Eine betriebswirtschaftliche Studie unter besonderer Berücksichtigung der Steuern bei Aussenfinanzierungen, Diss. Zürich 1967

Fleiner/Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949 (Nachdruck 1965)

Forstmoser/ Mier-Hayoz, Einführung in das schweizerische Aktienrecht, Bern 1976

Gadient U., Der Heimfall im Wasserrecht des Bundes und der Kantone, Zürich 1958

Geyer E., Die künftige Gestaltung der fiskalischen Belastung der Erwerbsgesellschaften, Schriften zum Schweizerischen Steuerrecht, Heft 1, Basel 1956

Giacometti Z., Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1966 (zit. Allgemeine Lehren)

Grisel A., Droit Administratif Suisse, Neuenburg 1970

Grossheintz P., Probleme der steuerlichen Behandlung von Familienaktiengesellschaften und ihrer Aktionäre ASA 21 (1952/53) S. 353 ff.

Grossmann E., Die Kunst der Besteuerung, in: Festgabe Fritz Fleiner zum siebzigsten Geburtstag, Zürich 193

Gygax E., Schweizerisches Steuer-Lexikon, Nachschlagewerk für eidgenössische und kantonale Steuern, Veranlagungspraxis in Bund und Kantonen, 8. Auflage, Zürich 1971 (zit. Schweizerisches Steuer-Lexikon)

Haller H., Die Steuern, Grundlinien eines rationalen Systems öffentlicher Abgaben, Tübingen 1964 (zit. Die Steuern)

Hegglin J., Steuerumgehung im schweizerischen Steuerrecht, Diss. Bern 1964

Höhn E., Steuerrecht, Ein Grundriss des Schweizerischen Steuerrechts für Unterricht und Selbststudium, Schriftenreihe "Finanzwirtschaft und Finanzrecht", Band 8, 2. Auflage Bern 1972 (zit. Steuerrecht)

Zur Auslegung des Steuerrechts, ASA 31 (1962/63 S. 417ff. und 465ff.

Steuereinsparung und Steuerumgehung, StR 29 (19 S. 141ff.

Rechtsfragen der Besteuerung von Partnerwerken und einer Objektsteuer auf Liegenschaften juristischer Personen. Gutachten des Institutes für Finanzwirtschaft und Finanzrecht an der Hochschule St. Gallen, 29. Jan. 1973 (zit. Gutachten)

Helbling C., Unternehmungsbewertung und Steuern. Mit besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse in der Schweiz und in der Bundesrepublik, Düsseldorf 1974

Herold H., Neue zürcherische Entscheide über Thesaurierungsgesellschaften und verdecktes Eigenkapital, in: StR 1973 (28. Jg.), Nr. 12, S. 521ff.

Hensel J., Die Verfassung als Schranke des Steuerrechts, Schriftenreihe "Finanzwirtschaft und Finanzrecht", Band 11, Diss. St. Gallen, Bern und Stuttgart 1973

Huber H., Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte, ZSR NF 5 (1936) I

Imboden M., Die gesetzesmässigen Voraussetzungen einer Besteuerung verdeckter Gewinnausschüttungen, ASA 31 (1962/63) S. 175ff.

Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, in: Staat und Recht, Stuttgart 1971, S. 3ff. (zit. Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung)

Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band I: Allgemeiner Teil, Band II: Besonderer Teil, 5. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Basel 1976

Isler E., Verdeckte Gewinnausschüttungen bei der Aktiengesellschaft, SAG 28 (1955/56), S. 57

Käfer K., Betriebswirtschaftliche und steuerliche Bewertung von heimfälligen Wasserkraftwerken, in: Sozialwissenschaften im Dienste der Wirtschaftspolitik, Tübingen 1973

Känzig E., Die eidgenössische Wehrsteuer, Handbücher zum Fiskalrecht des Bundes, Band 4: Die eidgenössischen Steuern, Zölle und Abgaben, Basel 1962 (zit. Wehrsteuer)

Die eidgenössische Wehrsteuer, Ergänzungsband, 2. Auflage, Basel 1972 (zit. Ergänzungsband)

Die künftige Gestaltung der fiskalischen Belastung der Erwerbsgesellschaften, Schriften zum Schweizerischen Steuerrecht, Basel 1956 (zit. Künftige fiskalische Belastung)

Kozuchowsky J., Das Abschreibungsproblem der Elektrizitätsversorgungsunternehmungen, Diss. ETH Zürich 1945

Läubli B.W., Die Steuerumgehung, Diss. Zürich 1975

Locher K., Die Praxis der Bundessteuern, III. Teil, Das interkantonale Doppelbesteuerungsrecht, Band 2 und 3 (zit. Praxis)

Das schweizerisch - deutsche Doppelbesteuerungsabkommen, Band 2

Masshardt H., Kommentar zur eidgenössischen Wehrsteuer 1971-1982, Zürich 1972 mit Nachtrag 1974

Margairaz A., La fraude fiscale et ses succédanés, Diss. Lausanne 1970

Meili M., Die Steuerumgehung im schweizerischen Recht der direkten Steuern, unter Einbezug der missbräuchlichen Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen des Bundes, Diss. Zürich 1976

Meier-Hayoz/Forstmoser, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, Bern 1974

Merz H., Berner Kommentar, Einleitungsband, Bern 1960

Mühlebach U., Das neue Aktiensteuergesetz des Kantons Aargau, Diss. Zürich 1973

Müller P.A., Eine Minimalsteuer für juristische Personen insbesondere unter Berücksichtigung finanz- und volkswirtschaftlicher Aspekte, Diss. Bern 1974

Müller J.P., Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Diss. Bern 1964

Nef. H., Rechtsgleichheit, in: Schweizerische Juristische Kartothek, Blatt 546

Gleichheit und Gerechtigkeit, Zürich 1941

Ochsner P.E., Die Besteuerung der Grundstückgewinne in der Schweiz, Diss. Zürich 1976

Pestalozzi A., Die verdeckte Gewinnausschüttung im Steuerrecht, Zürcher Diss., Basel 1947

Prym R.-J., Die verdeckte Gewinnausschüttung nach deutschem und schweizerischem Steuerrecht, Diss. St. Gallen, Bern 1970

Reimann/Zuppinger/Schärrer, Kommentar zum Züricher Steuergesetz, Band II, Bern 1963 sowie Band III, Bern 1969

Reuter H.P., Die Besteuerung der verbundenen Unternehmen, Eine Darstellung des geltenden deutschen Konzernsteuerrechts, München 1970

Roithmeier A., Die Investitionsplanung in Elektrizitätsunternehmen, Diss. Nürnberg 1960

Saitzew M., Die Partnerwerke in der schweizerischen Elektrizitätswirtschaft, Gutachten erstattet der Ethelwerk AG, Zürich 1950 (zit. Partnerwerke)

Die Heimfallabschreibungen und ihre steuerliche Behandlung, Zürich 1948 (zit. Heimfallabschreibungen)

Schärrer E., Von Kapitaleinlagen und Gewinnausschüttungen und deren steuerlichen Behandlung bei der Aktiengesellschaft und bei Aktionär, ASA 43 (1974/75) S. 292 ff.

Scheidegger H., Die Umsatzsteuer, Ihre Formen und ihre wirtschaftliche Bedeutung, Diss. Bern 1942

Schlumpf/Dürr, Bundesgerichtspraxis zum Doppelbesteuerungs-Verbot, 3. Auflage neu bearbeitet durch K. Dürr, Zürich 1963 (zit. Doppelbesteuerungs-Verbot)

Schmid A., Die internationale Steuerflucht, Diss. St. Gallen 1961

Schmidlin L., Die steuerliche Zulässigkeit von Rückstellungen, SAG 31 (1958/59), S. 23ff. und 45ff.

Schmidt D., Nichtfiskalische Zwecke der Besteuerung, Diss. Basel 1926

Schwarzenbach H. R., Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, 4. Auflage, Bern 1970

Studer W., Das schweizerische Bilanzsteuerrecht, Handbücher zum Fiskalrecht des Bundes, Band 7: Die eidgenössischen Steuern, Zölle und Abgaben, Basel 1968 (zit. Bilanzsteuerrecht)

Zur Fortentwicklung des interkantonalen Doppelbesteuerungsrechtes, ASA 38 (1969/70) S. 78ff.

Grundsätzliche Aspekte der sog. wirtschaftlichen Betrachtungsweise, ASA 29 (1960/61) S. 35ff.

Töndury-Osirnig G.A., Studie zur Volkswirtschaft Graubündens und zukünftiger Ausbau der bündnerischen Wasserkräfte, Samedan 1946

Ulrich H., Gedanken zur Unternehmungspolitik, Bern 1970

Vallender K.A., Grundzüge des Kausalabgabenrechts, Schriftenreihe "Finanzwirtschaft und Finanzrecht", Band 20, Bern und Stuttgart 1976

Wackernagel J., Ueber die Steuergerechtigkeit, Rektoratsrede, in: Basler Universitätsreden, Heft 38, Basel 1956 (zit. Steuergerechtigkeit)

Die Steuerumgehung und ihre Verhütung unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Rechts, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 26, Basel 1949 (zit. Die Steuerumgehung und ihre Verhütung)

Weidmann H., Wegweiser durch das st. gallische Steuerrecht, Bern 1971

Westerfeldhaus H., Verdeckte Gewinnausschüttung als steuerrechtliches und betriebswirtschaftliches Problem, Düsseldorf 1956

Widmer M., Die verdeckte Gewinnausschüttung durch Verrechnung zu niedriger Verkaufspreise, ASA 20 (1951/52) S. 113ff.

Wilhelm R., Der Gedanke der Steuergerechtigkeit in der neueren Finanzwissenschaft, Diss. Zürich 1952

Zaugg A., Steuer, Gebühr und Verzugslast, in: ZBl. 74 (1973) S. 217ff.

Zuppinger F., Unzulässige Rückwirkung von Steuervorschriften. "Durchgriff" bei Umgehung von Grundstückgewinnsteuern. Verbot des Methodendualismus, in StR 29 (1974) S. 291 ff.

b) Experten- und Kommissionsberichte

Zum Problem der gleichmässigen Besteuerung der Erwerbsunternehmungen, Bericht vom 14. Februar 1955 der Expertenkommission zur Prüfung der Möglichkeiten gleichmässiger steuerlicher Belastung der Erwerbsunternehmungen ohne Rücksicht auf die Rechtsform an das Eidgenössische Finanz- und Zolldepartement, herausgegeben vom Eidg. Finanz- und Zolldepartement, Basel 1955 (zit. Expertenkommission Piller)

c) Statistisches Material

- Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1977, herausgegeben vom Eidg. Statistischen Amt

- Statistische Quellenwerke der Schweiz. Heft 564, Bern 1976

- Kantonsfinanzen, Auszug aus den Staatsrechnungen der Kantone, Eidg. Finanzverwaltung, Bern 1976

Lebenslauf

Den 22. April 1947 in St. Antönien/GR geboren und im Puschlav aufgewachsen. Dort besuchte ich die Primar- und Sekundarschule, worauf ich nach der Kantonsschule in Chur im Jahre 1967 die Matura erlangte. Das Studium der Wirtschaftswissenschaften an der Hochschule St. Gallen schloss ich im Herbst 1971 mit dem Lizentiat (Vertiefungsgebiet Finanz- und Rechnungswesen) ab und entschloss mich - nach einjähriger Tätigkeit als Revisionsassistent in einer angelsächsischen Treuhandfirma - das Studium der Rechte an der Universität Zürich zu ergreifen. Als Werkstudent war ich zugleich bei einer Steuer- und Rechtsberatungsfirma halbtags tätig und erlangte das Lizentiat im Sommer 1976. Seit November desselben Jahres bin ich nun auf einem Advokaturbüro beschäftigt.